

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

- D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
- D. Pedro Cabello de la Sota.
- D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
- D. José Poveda Murcia.
- D. Pío Cabanillas Gallas.
- D. Antonio de Leyva y Andía.
- D. José Luis Lacruz Berdejo.
- D. Juan Vallet de Goytisolo.
- D. Ginés Cánovas Coutiño.
- D. Aurelio Menéndez Menéndez.
- D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

- D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

- D. Fernando Muñoz Cariñanos.

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

	<i>Págs.</i>
ESTUDIOS:	
«La renuncia a la legítima en el Derecho Civil Aragonés, por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	9
«Tanteo convencional y traspaso de negocio», por IGNACIO ARECHE-DERRA ARANZADI	17
«Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA	41
NOTAS:	
«Familia y régimen económico matrimonial», por JESÚS LÓPEZ MEDEL.	95
«Significado de un Código de la Familia», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE.	101
JURISPRUDENCIA:	
I. Resoluciones y Sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	111
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA y CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	147
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	184
LIBROS:	
«La representación en el Derecho Privado», de LUIS Díez-PICAZO, por VICENTE ESPERT SANZ	199

«Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea», de JOSÉ GIRÓN TENA, por JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO	208
«Norma e impresa. Il Diritto civile e la trasformazioni del capitalismo». Recopilación de textos a cargo de FRANCESCO FANGHI, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	214

REVISTAS:

I. Revistas comentadas	221
II. Noticia de Revistas	224

ESTUDIOS

La renuncia a la legítima en el Derecho Civil Aragonés

SUMARIO: 1. El contrato de renuncia.—2. Modalidades del contrato de renuncia a la legítima.

1. EL CONTRATO DE RENUNCIA (*)

Dentro del género pactos sucesorios, junto a los afirmativos o adquisitivos (*pacta de succedendo*), se dan también los negativos o abdicativos (*pacta de non succedendo*), que, aunque en forma harto restringida, van a ser tratados a propósito del artículo 106 de la Compilación.

La diferencia básica entre una y otra categoría de pactos sucesorios es clara, pues mientras en los adquisitivos es el causante el que regula su propia sucesión, instituyendo herederos u ordenando legados, en los renunciativos el disponente es precisamente un presunto heredero o legitimario que renuncia a su expectativa (1).

Como escribe el profesor LACRUZ, para poder renunciar a una herencia no es preciso tener derecho a ella, pues cabe repudiar de antemano cuanto eventualmente pudiera provenir al repudiante, por sucesión a causa de muerte, de un determinado causante. En cambio, para la efectividad de la renuncia sí es preciso que medie un llamamiento o expectativa, pues sólo en relación a ellos adquiere aquélla contenido. Así, en particular, cuando el heredero o legatario nombrado de modo vinculante (por contrato con él, o con tercero, o por testamento mancomunado en disposición correspondiente) o el legitimario convienen con el causante la extinción de sus re-

(*) Artículo 106 de la Compilación del Derecho civil especial de Aragón de 1967: «La renuncia a la legítima, salvo declaración en contrario, no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión intestada ni a los que provengan de disposiciones testamentarias del causante».

(1) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, pág. 720.

pectivos derechos, pues entonces hay efectiva liberación de un vínculo que impedía a dicho causante configurar a su arbitrio los llamamientos, mientras que, a falta de una vinculación del *de cuius*, la renuncia viene a ser sólo una repudiación anticipada de una eventual herencia, pero ni mejora la situación del causante *in spe*, ni tendría sentido contratarla con él, siendo únicos beneficiados posibles por tal abdicación los eventuales acrecentes o sucesores de grado ulterior.

«La manifestación de renunciar a derechos actuales es, en sí, unilateral y no recepticia. Mas, tratándose de adquisiciones *mortis causa* no realizadas, parece, en cambio, que cualquier renuncia permitida precisa, para su eficacia inmediata—es decir, para que no pueda arrepentirse el renunciante—su aceptación por un cocontratante, acaso porque no siendo posible el despojo inmediato de unos bienes que no han adquirido aún (habiéndolo sólo, a lo más, o situaciones jurídicas con cierta eficacia futura, o situaciones absolutamente futuribles), únicamente vinculando la propia voluntad a otra queda firme la futura posible eficacia de la renuncia» (2).

Ahora bien, una cosa es que la efectividad de la renuncia hereditaria precise, como bien dice LACRUZ, de la forma contractual al objeto de poder excluir el *ius poenitendi* del renunciante y otra, diferente y, en principio, difícilmente aceptable, que la renuncia contractualmente otorgada no deba considerarse negocio a causa de muerte, puesto que no supone disposición alguna sobre el propio patrimonio para aquel momento.

Piensa el docto profesor citado que, en la renuncia, el disponente no es quien va a causar la sucesión, ni la disposición se realiza para cuando se abra su sucesión, sino que, por el contrario, el disponente vive para contemplar los efectos de su declaración de voluntad, por lo que, en principio, deberían aplicarse a esta modalidad las normas de los negocios *inter vivos*. Pero si se tiene en cuenta que el contrato de renuncia forzosamente ha de celebrarse con el causante y que, en definitiva, supone para éste la posibilidad de reordenar su sucesión, difícilmente será posible no ver en él un verdadero negocio *mortis causa*, aunque la característica esencial de esta variedad negocial radique en que la determinación de las vicisitudes de las relaciones patrimoniales se hace depender de la muerte del autor (3); y es en razón de ello, precisamente, que el parágrafo 2.346 del Código civil alemán al contemplar el contrato de renuncia establece, de manera muy significativa en relación al punto de vista

(2) *Ibid.*, pág. 752.

(3) SANTORO PASSARELLI: *Doctrinas generales del Derecho civil*, Madrid, 1964, página 270.

que estamos sosteniendo, que «el renunciante está excluido de la sucesión legítima como si ya no hubiese vivido al tiempo de la muerte del causante».

Al implicar este tipo de contrato la renuncia anticipada a un futuro derecho sucesorio, supone la disposición de los derechos que puedan corresponder al renunciante en la sucesión de la otra parte contratante, circunstancia esta última que, en definitiva, según pensamos, es la que matiza y presta carácter al contrato de renuncia, permitiendo su catalogación como negocio *mortis causa*. El mismo LACRUZ, pese a su aseveración de que estamos ante un negocio *inter vivos*, se ve obligado a admitir que en tema de capacidad no se aplican rigurosamente las reglas de los contratos, pues vale la renuncia en capítulos matrimoniales por persona capaz de otorgar en ellos, y que la repercusión inmediata de los efectos del contrato de renuncia sobre la ordenación sucesoria determina la vigencia, en esta materia, de diversos preceptos del libro tercero del Código Civil, precisiones que debilitan de manera notable la fuerza de su afirmación.

En los Derechos forales la renuncia a la herencia no suele ser casi nunca unilateral, sino que adopta forma contractual. Lo normal es que los legitimarios que no han sido nombrados herederos (por no continuar el negocio o la explotación familiar) renuncien a la herencia a cambio de la entrega de una cantidad por parte de sus padres o del heredero, acontecimiento que generalmente tiene lugar con ocasión del matrimonio o del establecimiento profesional del renunciante.

Mediante tal entrega, el renunciante se da por pagado de sus derechos legitimarios paternos y maternos y de los que le corresponderían según las capitulaciones de los padres y las obligaciones impuestas al heredero. Aunque lo común es que el renunciante no tenga derecho individual ni prevalente a heredar y que se otorgue en sus capítulos matrimoniales, no falta algún caso en que al mismo le corresponde el aludido derecho y de él abdica, como también ocurre en ocasiones que la renuncia se recoja en documento distinto al capitular (4).

Asimismo, por más que en algún caso los hijos renunciantes se excluyen de toda participación en los derechos que ostentarían en la herencia de sus padres, todavía en este supuesto suelen reservarse los eventuales derechos que pudieran corresponderles por concepto de la reversión a sus ascendientes de los bienes objeto de la institución contractual de heredero o a través de la sucesión intestada (5).

(4) SAPENA: «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», en *Revista de Derecho Privado*, 1954, págs. 758-759.

(5) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I, op. cit., pág. 753.

2. MODALIDADES DEL CONTRATO DE RENUNCIA A LA LEGITIMA

Frente al criterio restrictivo y excepcional que el Derecho catalán acoge en materia de renuncia a la legítima, ya que a tenor del artículo 145 de la Compilación «es nula toda renuncia de legítima no deferida, así como todo pacto o contrato de transacción o de otra índole sobre ella, incluso el otorgado a favor del futuro causante por un legitimario que, por haber recibido de aquél bienes o dinero como pago anticipado de su legítima, o en otro concepto, promete nada más pedir o reclamar, por legítima o su suplemento», en Navarra y Aragón, dados la mayor amplitud con que se admite el pacto sucesorio y el más importante juego de la norma consuetudinaria en materia de sucesión paccionada, el contrato de renuncia a la legítima tiene un campo de actuación sensiblemente superior.

Así, según la Ley 270 de la Compilación navarra, «no será necesaria la institución en la legítima formal cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios, les hubiese atribuido cualquier liberalidad a título *mortis causa* o les hubiese desheredado legalmente o ellos hubieran renunciado a la herencia de aquél o hubiesen premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima». En el Derecho aragonés, «no se considera preterido el legitimario que, a costa del ascendiente, haya seguido carrera profesional o artística, o recibiera de él liberalidades no usuales» (artículo 126, 1); aparte de que «si con ocasión del nombramiento de heredero en contrato se asignan a cargo del instituido donaciones o dotes a los otros legitimarios, éstos habrán de imputar en pago de su haber lo recibido posteriormente del causante o del heredero por los conceptos del párrafo anterior» (art. 126, 2); y de que el artículo 106 de la Compilación se refiere a «la renuncia a la legítima» sin mayores precisiones, condicionamientos o puntualizaciones, lo que parece dar un campo de actuación muy amplio a la autonomía de la voluntad de los otorgantes, hasta el punto de que deberá catalogarse válida cualquier renuncia legitimaria que quepa conceptuar como genuino pacto sucesorio, debiendo advertirse, empero, tal como hace LACRUZ, que no será válida la renuncia que no se contrate con el propio causante como contraparte, ya que la pactada con un tercero deberá reputarse nula de pleno derecho en cuanto *pactum de hereditate tertii*, a menos que la autorice la costumbre (6).

Modalidad del pacto sucesorio de renuncia es la denominada renuncia del cónyuge forastero, figura que tiene lugar cuando el no heredero de su casa contrae matrimonio con el nombrado heredero de otra, cir-

(6) *Ibid.*, pág. 754.

cunstancia que genera una desigualdad socioeconómica entre los consortes que, en la mentalidad pragmática del medio altoaragonés, ha de equilibrarse mediante la aportación a la sociedad conyugal por el forastero de una dote consistente en dinero, muebles, ropas y, raramente, fincas.

Corresponde a los padres y, en su defecto, al heredero materializar los derechos del hijo o hermano que contrae matrimonio, obligación esta última que suele establecerse en las escrituras de institución de heredero y que hoy viene impuesta directamente por la ley a tenor del artículo 109 de la Compilación. Como contrapartida a tal entrega, y esto es lo único que en este lugar interesa, el dotado renuncia de manera expresa en sus propias capitulaciones matrimoniales a los derechos legitimarios que le corresponderían, reconociendo haberlos percibido o dándose por pagado de los mismos mediante la recepción de la dote, renuncia que, según el Derecho consuetudinario aragonés hoy ratificado por el artículo 106 de la Compilación, no excluye el que su autor pueda suceder testada o intestadamente a sus padres, circunstancia que, por precaución, suele expresarse en algunos textos capitulares mediante la advertencia de que se dejan a salvo los derechos de «vínculo y sucesión intestada del renunciante». Claro está que como la norma, tanto la consuetudinaria anterior como la legal actual, es de sustancia dispositiva, nada obsta a que mediante cláusula expresa el dotado renuncie también a estos últimos derechos.

De todas maneras, en la modalidad que se viene considerando, lo cierto es que al responder la misma a la idea de que la renuncia es la contrapartida del pago de los derechos legitimarios, difícilmente cabe catalogarla en puridad como auténtico supuesto de renuncia a la legítima, sino de aceptación de lo que se ofrece en pago de la misma. «Si el derecho del legitimario—escribe en este sentido SAPENA—ya estaba concretado se trata de un pago del mismo, si no lo estaba esta misma *solutio* produce la concreción al ser dispuesta por quien podía hacerlo o aceptada por quien la recibe. Pero en ambos casos no existe un derecho de mayor entidad objetiva, produciéndose al aceptar menos una renuncia expresa o tácita por la diferencia, excepto en el supuesto de que, señalada la dote, de común acuerdo se entregue menos de aquello que el legitimario puede exigir. Sólo entonces estamos ante una renuncia abdicativa de un derecho perfecto y no en otro caso» (7).

Mayor sustancia abdicativa tiene la modalidad en que el renunciante pertenece al grupo de hijos del que ha de surgir el heredero con preferencia a los de otro grupo, e interesa que se aparte de la sucesión de

(7) SAPENA: «El pacto sucesorio...», *loc. cit.*, pág. 761.

la casa para posibilitar el nombramiento de alguno de los integrantes de éste (situación surgida en virtud del heredamiento pactado o a favor de los hijos nacederos o de la prelación establecida en las segundas nupcias del heredero, casamiento en casa del forastero o en el acogimiento). En este supuesto, el renunciante abdica no sólo de sus derechos legitimarios (en realidad, igual que en la anterior modalidad, acepta lo ofrecido en pago de los mismos), sino además de cualquier otro que pudiera corresponderle en la herencia de sus padres, incluido el de ser nombrado heredero. «Otras veces—advierte el mismo SAPENA—la renuncia no es al derecho a ser heredero, individualizado o entre varios compartido, sino a tal posición ya adquirida, con reversión a los instituyentes si hubiesen transmitido la nuda propiedad e ineficacia plena del heredamiento en todo caso, compensando al renunciante con ciertos bienes y derechos. Así sucede cuando es imposible o sumamente difícil la convivencia entre los miembros de la familia, que optan por separarse voluntariamente, recordando los instituyentes su facultad de disposición» (8).

Aunque, según se ha señalado anteriormente, la renuncia a la legítima puede ir acompañada y en algunos casos lo va de la abdicación del hijo a todo derecho que pudiera corresponderle en la herencia de sus padres, la evidencia de que, a la muerte de éstos, la situación del renunciante, que cooperó al máximo con los deseos de sus ascendientes y brindó su colaboración sin reticencias para que la casa pudiese conservar todo su vigor y riqueza, puede ser inferior patrimonialmente a la de sus otros hermanos no renunciantes de la misma forma global, caso de que por una u otra causa resulte ineficaz el nombramiento de heredero, justificó la norma consuetudinaria de que la renuncia a la legítima no comprende necesariamente la renuncia de cualquier otro derecho hereditario en relación a los bienes de sus ascendientes, del heredero y de sus sucesores. El precepto ha encontrado continuación y sanción en el artículo 106 de la Compilación que contempla la renuncia de la legítima en sentido estricto al disponer que, salvo que otra cosa se haya convenido, la misma no afectará (no «comprenderá» o «incluirá», decían, con mayor precisión, algunos de los Anteproyectos) a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión intestada ni a los que provengan de disposición testamentaria del causante.

Con esta previsión legal, el ámbito de la renuncia legitimaria queda circunscrito a sus concretos y necesarios términos, sin interferir en aquellas otras esferas que, por no incidir en el objetivo supremo de mantener la unidad de la casa y asegurar su subsistencia, no deben estar implicadas en la abdicación, salvo que otro sea el parecer de los contratantes.

La renuncia a la legítima en cuanto verdadero pacto sucesorio reque-

(8) *Ibíd.*

rirá siempre forma pública (art. 99, 1), siendo indiferente el hecho de que, por tratarse en el fondo de un acto de recepción de dote o de pago de legítima, sea discutible la existencia de un genuino acto de renuncia, siempre que formalmente no quepa catalogarlo de otra manera.

Renunciada la legítima, es obvio que el renunciante pierde sus derechos como legitimario. ¿Queda íntegra entonces, al desaparecer dicho sucesor forzoso, la cuota correspondiente a todos ellos, o puede el causante imputar en dicha cuota la parte que compete al legitimario como si efectivamente la hubiese recibido? A esta interrogante contesta el profesor LACRUZ, señalando que en el Derecho aragonés, no habiendo cuotas individuales, el testador sólo podrá imputar a la legítima lo que donó al renunciante a cambio de la renuncia (9).

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Profesor Extraordinario de la Universidad
de Zaragoza

(9) LACRUZ BERDEJO: *Derecho de sucesiones*, I, op. cit., pág. 755.

Tanteo convencional y traspaso de negocio

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Supuesto de hecho.*—III. *Considerandos de la sentencia.*—IV. *Comentario:* 1. Traspaso de negocio: 1.1. La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos.—1.2. Tipos de negocios jurídicos que pueden tener como objeto una empresa mercantil: 1.2.1. Negocio de disposición.—1.2.2. Negocio de garantía.—1.2.3. Negocio de cesión de uso: arrendamiento.—1.3. El traspaso del local de negocio y el traspaso de negocio como presupuesto de una preferencia adquisitiva: 1.3.1. El traspaso de local de negocio.—1.3.2. El traspaso de negocio.—1.4. El traspaso de negocio y el tanteo de él dependiente y el Registro de la Propiedad: 1.4.1. El traspaso de negocio.—1.4.2. El tanteo convencional.—1.4.3. Tanteo convencional sobre enajenación de negocio y Registro de la Propiedad.—1.5. Calificación de la cláusula particional.—2. Derechos de adquisición preferente y validez del presupuesto negocial.—3. Derechos de adquisición preferente y titularidad.—4. Autonomía privada y preferencia adquisitiva: 4.1. Causa legal y atipicidad causal: interés legítimo.—4.2. Tanteo convencional entre coherederos.—4.3. Referencia a la L. A. U.—5. El plazo: 5.1. Plazo de sujeción de la propiedad y plazo de ejercicio del tanteo.—5.2. Plazo de caducidad o prescripción.—6. El fraude: 6.1. Relevancia del conocimiento de la preferencia adquisitiva por parte del tercero adquirente.—7. Derechos de adquisición preferente y «cargas obligacionales»: 7.1. Carácter potestativo de las preferencias adquisitivas: la idea de facultad.—7.2. Las «cargas obligacionales» como relaciones constituidas: la idea de vínculo.—7.3. El artículo 1.257 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 7.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1959.—7.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1965.—V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCION

La Sentencia de 16 de febrero de 1973 (1) parece ser la primera que trata directamente la figura del tanteo convencional. Siempre se planteó la posibilidad de esta figura atípica, que naturalmente no pierde este

(1) *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 1973, núm. 476. La Colección Legislativa, edición oficial, omite esta sentencia en el volumen correspondiente. El estudio íntegro de la sentencia ha sido posible gracias a la colaboración de la Editorial Aranzadi.

carácter por recibir refrendo jurisprudencial (2). Pero sí que completa el ciclo—doctrina de los autores, doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y tratamiento jurisprudencial por el Tribunal Supremo—clásico en la toma de carta de naturaleza de una figura dentro del tráfico jurídico y dentro del sistema doctrinal civil.

El interés de la sentencia no radica exclusivamente en este detalle novedoso. El tratamiento que hace de la aludida figura jurídica es un tanto confuso, a la vez que se implica en una misma cláusula negocial la existencia, junto a una preferencia adquisitiva, de una cierta provisionalidad en la adquisición del derecho a que da lugar el traspaso. Se habla de una condición suspensiva y resolutoria. Se cuestiona, por otro lado, la validez del negocio de traspaso realizado de espaldas al derecho de los titulares del tanteo cuando no es esa la técnica jurídica seguida habitualmente.

Examinemos el supuesto de hecho y a su luz tratemos de entender, y en su caso criticar, la doctrina del Tribunal Supremo.

II. SUPUESTO DE HECHO

Don Rafael Varela, casado con María Pasarin, falleció intestado el 8 de diciembre de 1954. Fueron declarados únicos y universales sus siete hijos: Rafael, Antonio, Saturnino, Luciano, Gonzalo, Marina, María Luisa Varela Pasarin. Asimismo, se declaró el derecho de la viuda a su cuota legal.

El 9 de octubre de 1959, en escritura pública, los herederos, en unión de la viuda, protocolizaron las operaciones particionales, inventario, avalúo, división y adjudicación del haber hereditario previa liquidación de gananciales.

Parte importante de los bienes del haber hereditario lo constituían dos negocios. Adjudicado uno de ellos a varios, doña María Varela Pasarin recibió el otro. El documento particional constaba de la siguiente disposición final cuarta: «La adjudicataria del cupo tercero se obliga a poner en conocimiento de los titulares del segundo cupo o de cualquiera de los mismos, su intención de traspasar el negocio que se le adjudica, en el supuesto de que así tratara de hacerlo, en la misma forma que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos para los arrendamientos de local de negocio, con relación al propietario del inmueble, con el consiguiente derecho de tanteo en favor de los últimos, es decir, de los titulares del cupo segundo. El contenido de esta cláusula tendrá una duración de diez años».

(2) Sí tiene carácter típico este derecho en la Compilación Navarra: Ley 460.

A su vez, en la declaración final cuarta se aclara que «el derecho que se concede en la cláusula cuarta de las declaraciones finales del cuaderno particional a los titulares del cupo del precitado cuaderno, se refiere única y exclusivamente al derecho de tanteo y retracto a que la Ley de Arrendamientos Urbanos hace referencia y según los plazos señalados en dicha ley, sin derecho a indemnización alguna a favor de los referidos tritulares».

El 21 de abril de 1966, mediante requerimiento notarial, doña María comunica al propietario arrendador y a sus hermanos su decisión de traspasar el negocio a don Roberto López Rodríguez por el precio de 800.000 pesetas. El 5 de mayo de 1966 uno de los hermanos, Saturnino, renuncia a sus derechos. El 11 de mayo de 1966 el resto de los hermanos requieren a su hermana para que señale el día y la hora para otorgar la escritura de traspaso. Esta no respondió. Pudieron comprobar, por otro lado, como don Roberto López Rodríguez ocupa el negocio.

Fracasado el acto de conciliación, interpone la correspondiente demanda. El Juez de Primera Instancia, en Sentencia de 23 de septiembre de 1967, estima la demanda y declara nulo el traspaso. Apelada la sentencia la Audiencia revoca la de Primera Instancia, sin entrar en el fondo por estar mal constituida la litis, al concurrir en el supuesto un litisconsorcio pasivo necesario. Desistido el recurso de casación, replantean la cuestión de nuevo y terminan suplicando se declare la nulidad del traspaso, se proceda a notificar el traspaso al propietario y se señale un plazo para que la demandada otorgue escritura de traspaso a su favor.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda y apelada es confirmada por la Audiencia Territorial en Sentencia de 24 de marzo de 1972. Interpone recurso de casación don Roberto López Rodríguez a favor del cual se había realizado el traspaso que ahora se declara nulo.

Dicho recurso, estructurado en seis motivos, alega fundamentalmente lo siguiente: 1) El carácter válido del negocio de traspaso, ya que en él se dan los requisitos esenciales del artículo 1.261; 2) Que respecto de dichos pactos él ocupa una posición de tercero amparada por el artículo 1.257; 3) Que se presume indebidamente, con infracción del artículo 1.253, el conocimiento por parte del cesionario de la existencia de dichos pactos, y 4) Que por analogía con la regulación legal del retracto, los plazos para su ejercicio son de caducidad y no de prescripción y por ello no cabe hablar de prescripción y menos de interrupción de la misma por interposición de la primera demanda. Siendo esto así, tenemos que el negocio particional se perfeccionó el 9 de octubre de 1959 y la demanda que dio lugar al actual pleito el 21 de enero de 1970; habiendo transcurrido, por tanto, los diez años previstos para la preferencia adquisitiva en términos de caducidad.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, siendo ponente el señor don Jacinto García Monge y Martín.

III. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA

Considerando que la sentencia recurrida, que estimó la acción ejercitada, que insta la declaración de nulidad del traspaso de un local de negocio efectuado por la arrendataria del mismo, hermana de los demandantes, a favor del hoy recurrente, parte como base fundamental de las cláusulas de la escritura de partición del haber hereditario del padre de los actores y dicha demandada, en la que por virtud de una de las cuales se adjudicó a su referida hermana determinado negocio, concediendo a los demás hermanos, adjudicatarios de otro cupo o lote de bienes, el derecho de tanteo, en el caso de que aquélla tratase de traspasar, obligándose a poner en conocimiento de los luego demandantes, adjudicatarios de otro cupo de bienes, referida intención, cláusula que tendría la duración de diez años, agregando en otra cláusula que los derechos antes señalados se refieren exclusivamente a los de tanteo y retracto, y habiéndose dado el supuesto previsto en dichas estipulaciones, la adjudicataria del negocio notificó a sus hermanos el propósito de traspasar al hoy recurrente el local y negocio en el mismo instalado, y los demandantes, a su vez, notificaron a su hermana que hacían uso de su derecho invitándola a que señalase día y hora para llevarlo a efecto y percibir las cantidades correspondientes; mas a pesar de ello, la expresada hermana de los actores ha efectuado el traspaso a favor del demandado recurrente, y opuestos a la demandada el propietario del local y la persona que recibió por el traspaso el local y negocio, la sentencia objeto del recurso se funda tanto en el valor de las referidas cláusulas de la escritura particional, por ajustarse a la libertad de contratación que establece el artículo 1.255 del Código Civil, como en afirmar como hecho que los demandados, conociendo el preferente derecho de los actores a adquirir los bienes del cupo tercero, que comprende el local de negocio controvertido, han obrado maliciosamente para burlar tal derecho, llevando a cabo el traslado; y partiendo de estas premisas, la sentencia funda la resolución estimatoria de la demanda en que, conforme a las referidas cláusulas, la adjudicataria no podía transmitir el local sin la limitación contenida en la misma, esto es, la que dimana de los referidos derechos, ya que no llegó a tener el pleno dominio de los bienes que formaban su lote, al estar sometida la adjudicación a una doble condición, suspensiva y resolutoria, y por ella, hasta pasados diez años no adquiriría la plena y absoluta disposición de sus derechos, y por esto, al querer traspasar durante este plazo lo era bajo la referida condición resolutoria, que afecta también al demandado, que adquirió el local mediante el cuestionado traspaso, por cuanto éste tenía que subrogarse en idénticas condiciones en el derecho que ostentaba la cesionaria, por lo que la acción de nulidad ha de tener eficacia respecto a ambos, e independientemente de esta fundamentación añade la de que al concurrir la existencia de fraude

legal, ello da lugar a la aplicación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, determinante de la nulidad pretendida.

Considerando que para combatir el primero de los soportes jurídicos de la sentencia, el sexto de los motivos del recurso, amparado en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 1.257 del Código Civil, razonando que al no haber intervenido el recurrente en la escritura particional de los bienes del padre de los demandantes y de la transmitente del local por ella traspasado a favor de aquél, no pueden obligarle las estipulaciones contenidas en dicha escritura, que se refieren a los derechos de tanteo y de retracto concedido a los actores; mas ha de ponerse de manifiesto, en primer lugar, el hecho, no controvertido por el obligado cauce procesal del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que afirma, en los términos ya señalados, que todos los demandados, y, por tanto, el recurrente, conocían el preferente derecho de los demandantes para adquirir los bienes, entre los que se encuentra el local debatido, y, por otra parte, que, conforme a la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 1965 (R. 533), el principio ordenado en el precepto legal que ahora se invoca no es tan absoluto que no puedan extenderse a personas no intervinientes en lo pactado los efectos del contrato, cuando se adquiere por virtud de negocios jurídicos posteriores a otros entre el que transmite y adquirentes anteriores, en razón a la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipso haberet*, que impone el contratante, a título particular, la necesidad de soportar los efectos de los contratos precedentes que celebró quien transmita, como reconoce la sentencia de 17 de diciembre de 1959 (R. 1960, 1.209), doctrina aplicable a este caso, razones que conducen a la desestimación del motivo que se examina.

Considerando que el segundo de los motivos, seguido como todos los demás del recurso, por la misma vía procesal que el antes examinado, denuncia como infracción la violación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil y la de los artículos 1.º, 32 y 6.º de la Ley de Arrendamientos vigente de 23 de diciembre de 1964 (R. 1964, 2.885, y R. 1965, 86, y Ap. 51-66, 787), por cuanto razona que la sentencia de instancia estima válidas y eficaces las debatidas cláusulas de la escritura particional por ajustarse a la libertad de contratación, que establece el artículo 1.255 del Código Civil, y cabe oponer que la referencia que en una de ellas se contiene a la Ley de Arrendamientos Urbanos afecta, no a la esencia de las mismas, sino a la forma de notificar el propósito de traspasar, y no cabe, consiguientemente, admitir que exista contradicción entre dichas cláusulas y los preceptos de la legislación especial arrendaticia, posterior a dicha escritura particional, ni existe base para la aplicación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, por no contravenir dichas cláusulas la ley, y, finalmente, que los derechos que la legislación especial citada otorga al arrendador quedan salvaguardados en la sentencia recurrida, por todo lo cual debe el motivo ser desestimado.

Considerando que el tercero de los motivos denuncia como vicio de la sentencia la interpretación errónea del segundo párrafo del ar-

título 4.º del Código Civil, combatiendo los fundamentos de la misma de que el arrendatario causante de la persona que efectúa el traspaso no podía eficazmente renunciar al derecho respecto al mismo, por tratarse de un derecho no existente en la fecha, 15 de noviembre de 1941, en que se otorgó, ya que la legislación en vigor en aquel momento no contenía tal derecho en su esencial sentido, pues los Decretos de 21 y 30 de enero de 1936 (R. 170 y 253) sólo conferían al dueño del local el derecho a negarse al traspaso, siempre que indemnizase al arrendatario con una cantidad igual a la que éste entregó cuando, a su vez, con conocimiento de la propiedad, le fue traspasado el establecimiento; mas aparte de que tal derecho afecta exclusivamente al dueño arrendador, es patente que no tiene paridad alguna con el derecho de traspaso que la legislación posterior configura, y, finalmente, que al no haber efectuado el juzgador la exégesis de los preceptos invocados, no ha podido incurrir en el vicio de atribuirles un sentido contrario al que rectamente le corresponde, por todo lo cual debe el motivo desestimarse.

Considerando que el cuarto de los motivos alega violación de la doctrina contenida en la sentencia que cita, referente a la caducidad de las acciones de tanteo o de retracto, la cual opera por ministerio de la ley; mas debe fijarse que la referida caducidad, al no haber sido alegada en instancia, constituye en el recurso cuestión nueva; en segundo término, que el tiempo de duración de los derechos de tanteo y retracto que las cláusulas de la escritura particional fijan es ajeno al retracto legal a que la doctrina invocada se refiere, y que no cabe confundir el tiempo de duración de un derecho con la acción de ejercitarlo, y en este caso, la parte actora, dentro del tiempo de su vigor, ejercitó su derecho mediante el requerimiento por acta notarial a su hermana, sometida a la condición suspensiva y resolutoria ya expresada, sin que el hecho de no haber prosperado el primer pleito iniciado para hacerle efectivo, por la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, pueda dar lugar a la carencia de valor legal del mencionado requerimiento notarial, pues la desestimación de la demanda, dictada en el anterior pleito, sin entrar en el fondo del asunto, por la ya referida falta en la constitución de la relación jurídico-procesal, no tiene otro alcance que la absolución de la instancia, y deja vivo el derecho que en este pleito se ejercita, manteniendo plena eficacia el acta notarial de requerimiento antes citada, y, consecuentemente, haber sido iniciado su ejercicio dentro del tiempo prevenido en la cláusula de partición, todo lo cual conduce al perecimiento del referido motivo.

Considerando que el quinto de los motivos denuncia la aplicación indebida del artículo 1.253 del Código Civil, alegando que la presunción que el Tribunal sentenciador estima respecto al conocimiento del recurrente de los pactos de la citada escritura particional contraviene el enlace preciso, conforme a las normas de criterio humano, entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir; mas ha de recordarse inicialmente que, conforme a los considerandos de la sentencia de primer grado aceptados por la recurrida, dicho conocimiento se afirma sin acudir a la vía presuntiva, y si bien en esta última

resolución se añade innecesariamente dicha afirmación, mediante la aplicación del artículo 1.253 del Código Civil, es preciso que, como proclama la doctrina de esta Sala, en el supuesto de no acatarse los hechos de la sentencia, han de combatirse por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y en el supuesto de ser aceptados, han de tenerse en cuenta todas las afirmaciones que como base contempla la sentencia para llegar a afirmar el hecho consecuencia de aquéllos, y en este caso, el Tribunal sentenciador no sólo basa la presunción en que al hoy recurrente se le veía y estaba personalmente en el negocio de referencia objeto del traspaso, sino que el mismo se concertó tan sólo seis días después de haber sido requeridos los actores por su hermana, poniendo a su conocimiento las condiciones del proyectado traspaso y venta del negocio, lo que plenamente conocía también el propietario arrendador, y estos hechos, fundamento también de la presunción, no son tenidos en cuenta en el motivo y tienen patente relevancia para llegar a la afirmación que se combate, independientemente que al basar el juzgador su afirmación en valorar la relación entre los hechos que señala, a fin de deducir el que consecuentemente declara, es dicho precepto legal el aplicable, y no es, por tanto, adecuado el concepto de infracción que se deduce, y si, por otra parte, el Tribunal se refiere, como mera hipótesis, al supuesto de que el demandado, hoy recurrente, hubiese ignorado las cláusulas citadas, ello es a los solos y únicos efectos de estimar que, conforme a las normas legales antes expuestas, ellas conducirían a la resolución del contrato y su nulidad, y debe, por los anteriores fundamentos, correr el motivo igual suerte adversa que los anteriores.

Considerando que el primero de los motivos combate el segundo de los fundamentos de la sentencia recurrida, denunciando la aplicación indebida del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil, combatiendo la extensión que del referido precepto ha dado y aplicarse a la afirmación de fraude legal en este caso, y llegar por esta vía a la declaración de nulidad pretendida, y debe declararse que al no haber alcanzado el éxito pretendido los demás motivos del recurso, que combaten otros fundamentos de la sentencia, y ser éstos suficientes para mantener el fallo de la resolución recurrida, habría, aun en el supuesto de prosperar el motivo que se examina, de dictarse una sentencia idéntica a la recurrida, habiendo esta Sala declarado reiteradamente que procede denegar la casación por error en una motivación innecesaria y equivocada, sentencias de 20 de enero de 1941 y 11 de febrero de 1946 (R. 121), y que en el supuesto de haberse cometido alguna infracción tiene el fallo base bastante para mantenerse por otros razonamientos, sentencia de 20 de octubre de 1934; por todo lo cual, sea cualquiera el criterio de esta Sala respecto al fundamento que se combate, es improcedente examinar el motivo, que aun de prosperar, no podría conducir a dictar una resolución contraria a la que se recurre.

Considerando que procede, por las anteriores razones, la desestimación del recurso, con las consecuencias ordenadas en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV. COMENTARIO

1. *Traspaso de negocio*

Con unos contornos conceptuales francamente nebulosos, desde un punto de vista doctrinal, el traspaso es un fenómeno social y económico importante y con una carta de naturaleza tal que lo convierte en familiar. Convendrá despejar algunas dudas y precisar el concepto para poder profundizar en el análisis de esta sentencia.

1.1. *La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos* (3)

Valga por toda explicación la que da DE LA PLAZA como ponente de la Sentencia de 13 de marzo de 1943: «Cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece para construir esa institución, favorecidas por el silencio que a ese respecto guardan nuestros Cuerpos de Derecho material, desechadas las teorías que lo conciben como una persona jurídica, o como un patrimonio autónomo, o como una *universitas rerum*, que implica una reunión al par física y económica de elementos de muy variada condición que, unitariamente considerados, exigen un tratamiento jurídico propio, gana terreno en el orden científico la idea de que la empresa es, en suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición, que, pese a la condición de cada uno de ellos, puede ser *en su conjunto* objeto de tráfico jurídico; sin que la idea sea extraña a nuestras prácticas comerciales, en las que suele ser frecuentemente la transmisión, definitiva o temporal, del negocio mercantil como entidad sustantiva, ni pueda decirse ajena a nuestro Derecho, que, en algún caso, como el contemplado por el artículo 928 del Código de Comercio, admite la posibilidad de que la empresa sea traspasada, que es tanto como decir que, considerada como un todo, puede ser y es frecuentemente objeto de relaciones jurídicas de carácter obligacional» (4).

1.2. *Tipos de negocios jurídicos que pueden tener como objeto una empresa mercantil*

1.2.1. Negocios de disposición. Se trata del supuesto más frecuente. Se trata de un auténtico acto de enajenación. El vocablo vulgar traspaso

(3) *Vid.* con idéntico título el trabajo de ALVARO CALVO ALFAGEME en A.A.M.N., volumen I, págs. 517 y ss.

(4) *Vid.* Comentario a esta sentencia de POLO en R. D. P., 1943, págs. 317 a 321.

normalmente hace referencia a la sustitución definitiva de sujetos en la titularidad de un negocio. Hoy este supuesto de alguna forma tiene refrendo positivo, además del aludido artículo 928 del Código de Comercio, en el artículo 1.413, según la redacción dada al mismo por la Ley de 24 de abril de 1958. Para la exposición de motivos de dicha ley «los establecimientos mercantiles (expresión utilizada por el art. 1.413) son frecuentemente la expresión de un modo de vida que puede afectar por entero a la economía doméstica». Se destaca así la idea de empresa, como objeto de enajenación, de la mera consideración del establecimiento mercantil como local de negocio en sentido estricto.

Señala DE LA CÁMARA que «establecimiento mercantil puede significar el local o locales en que la empresa mercantil tenga su asiento territorial. Pero no creemos que el artículo 1.413 haya querido aludir a esto cuando se ha referido a establecimientos mercantiles» (5).

La Sentencia de 26 de marzo de 1962 contrapone claramente el local de negocios al «traspaso íntegro, entrando el negocio en sí...» (6).

Queda claro, pues, que si bien lo hace a propósito del régimen económico del matrimonio nuestro Derecho positivo contempla el acto de enajenación de negocio. Dato con el que no contaba DE LA PLAZA en 1943.

1.2.2. Negocios de garantía. CALVO ALFAGEME se refiere a la prenda de la empresa. Reconoce la dificultad que plantea tal negocio jurídico (7). Años más tarde, con la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento la hipótesis recibirá, por lo menos nominalmente, refrendo positivo como un supuesto de hipoteca mobiliaria (8).

1.2.3. Negocio de cesión de uso: Arrendamiento. La Sentencia de 13 de marzo de 1943 concluye que «la relación puede ser rectamente

(5) «El nuevo artículo 1.413 del Código Civil», A. D. C., XIII, 1960, pág. 467.

(6) Vid. crítica a esta sentencia de DÍEZ PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo II, Madrid, 1969, pág. 369.

(7) *Ob. cit.*, pág. 553.

(8) Vid. FUENTES LOJO: *La hipoteca de establecimientos mercantiles y la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1955; GÓMEZ-ACEBO: «La hipoteca de establecimiento mercantil», R. D. M., 1955, 123. Y los trabajos de VALLET: «Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», R. D. N., 1955, y «La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 17 de julio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», A. D. C., 1955, pág. 1227. Muestra sus reservas acerca de que lo efectivamente hipotecado sea la empresa. Pág. 1239: «No lo es la empresa... se centra en el local de negocio». En este sentido la exposición de motivos de la Ley es clara. No cabe, por tanto, hablar de hipoteca del negocio considerado como «universitas».

calificada de arrendamiento de una empresa mercantil, asentada en un inmueble de ajena propiedad, que constituía y constituye su base física».

La lectura del artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es suficientemente expresiva al describir el arrendamiento de industria. «Se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas.»

Puede calificarse de numerosa la jurisprudencia que ha perfilado el concepto vertido en el artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Así la de 10 de marzo de 1973 aclara que «el objeto del arrendamiento de industria es un complejo o universalidad de elementos materiales conectados y adecuados a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente...».

1.3. *El traspaso de local de negocio y el traspaso de negocio como presupuesto de una preferencia adquisitiva*

1.3.1. El traspaso de local de negocio es un presupuesto negocial sobre el cual el ordenamiento establece una preferencia adquisitiva de carácter legal. Así los artículos 35 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establecen los derechos de tanteo y retracto respectivamente a favor del propietario para el supuesto de que el arrendatario traspase el local de negocio.

1.3.2. El traspaso de negocio no es un presupuesto negocial utilizado por la ley para establecer una preferencia adquisitiva. Naturalmente la autonomía privada puede hacerlo. Pero el carácter de derecho real no se derivará en este caso de la ley, sino de las posibilidades de dicha autonomía de configurar una preferencia adquisitiva con carácter real. Por otro lado, así como el tanteo y el retracto no necesitan de la publicidad registral para perjudicar a terceros, el tanteo y el retracto convencional sí requieren dicha publicidad.

1.4. *El traspaso de negocio y el tanteo de él dependiente y el Registro de la Propiedad*

1.4.1. El traspaso de negocio no tiene acceso, como tal, al Registro de la Propiedad. Puede tenerlo la finca sobre la que se asienta, pero considerada en sí misma desligada del negocio.

1.4.2. El tanteo convencional tiene acceso al Registro de la Propiedad. A pesar de su carácter atípico, así parece reconocerlo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1966, siempre que tenga carácter real, porque si se trata de una mera obligación el mismo Centro directivo ha excluido su inscripción en Resolución de 19 de septiembre de 1974.

1.4.3. Pero una cosa es que el tanteo convencional de carácter real, en base a la doctrina de la lista abierta de derechos reales, tenga acceso al Registro de la Propiedad y otra cosa es que lo tenga con carácter autónomo.

El tanteo es un derecho real limitado que se entiende necesariamente en relación a la propiedad plena de una finca. Cuando es el tanteo el que afecta a otro derecho inscribible puede entrar en el Registro de la Propiedad. Pero no por sí mismo, de una forma autónoma. Con esta característica solamente tienen acceso al Registro el dominio, la nuda propiedad, el usufructo, las respectivas posiciones dominicales que el censo presenta, y con carácter discutido el derecho de superficie.

Pero un negocio como tal no tiene acceso al Registro y un derecho de tanteo sobre él previsto, tampoco. En todo caso, y no lo es en el pleito que analizamos, si el traspaso supusiese transmisión del dominio de la finca sobre la cual se asienta el negocio podría el tanteo entrar en el Registro afectando a la finca únicamente. Pero en este caso el local de negocio pertenece a un tercero y el dominio no sufre modificación subjetiva alguna. Tal vez al darse anexo al traspaso de negocio el traspaso de local de negocio y de ser éste inscribible el tanteo podría afectar al arrendamiento. Pero es claro que el tanteo nunca tendría acceso al Registro afectando al negocio mismo.

1.5. *Calificación de la cláusula particional*

Parece claro que se establece una adjudicación de negocio a favor de uno de los hermanos. La propiedad del local de negocio en el que aquél se desarrolla, pertenece a un propietario ajeno al pleito. Se establece para el caso de enajenación del negocio un derecho de tanteo que durará diez años. Pasados los cuales, aunque se enajene el negocio, el tanteo es ineficaz. El tanteo tiene carácter convencional y no tiene acceso al Registro de la Propiedad, luego éste no le dota de publicidad suficiente como para perjudicar a tercero. Como el perjuicio de tercero es esencial en las preferencias adquisitivas, poco importa el carácter personal o real de dicho tanteo. Esa distinción sólo cobra relieve a los efectos de la posible inscripción. Si es real es inscribible, si es personal no. Pero si por razones

ajenas no tiene acceso al Registro, poco importa su carácter real o personal. No podrá perjudicar a tercero. Es decir, no podrá funcionar como tal preferencia adquisitiva, como tal tanteo.

2. DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y VALIDEZ DEL PRESUPUESTO NEGOCIAL

Según POTHIER, «el retracto no tiende nunca a rescindir ni a destruir el contrato, sino a que el retrayente su subrogue derechos resultantes del mismo que correspondan a la persona del comprador, sobre quien el retracto se ejerce» (9).

Los derechos de adquisición preferente no cuestionan la validez del negocio de transmisión. Es más, presuponen su validez por dos razones: primera, porque requieren que el presupuesto del nacimiento de la pretensión sea efectivamente válido; segundo, porque sólo se justifica su ejercicio—desde un punto de vista de política legislativa—cuando efectivamente se produce un desprendimiento del propietario o titular de la cosa. Estos derechos inciden en el efecto adquisitivo—de ahí su denominación—pero presuponen todos los requisitos para que éste se produzca.

El artículo 1.521 precisa que el que ejercita el retracto se subroga en la posición del comprador. Si el negocio fuese nulo por la concurrencia de una pretensión adquisitiva no tendría sentido esa posible subrogación.

Podía pensarse que todo esto únicamente es aplicable al retracto que supone una enajenación consumada. Por el contrario, es aplicable también el tanteo y con más razón: En primer lugar, el negocio de enajenación aún no ha sido concluido. Por tanto, su incidencia en dicho negocio no tiene sentido. Como es sabido, cabe que el negocio sea perfecto pero no haya habido entrega y, por tanto, adquisición. Entonces, todavía es viable el derecho de tanteo. Pero no anulando el negocio, sino desviando hacia el patrimonio del titular del tanteo el efecto adquisitivo. En segundo lugar, aun cuando la enajenación se consume de espaldas a la pretensión del titular del tanteo, la viabilidad de éste no discurre a través de la nulidad del negocio de enajenación, sino reproduciendo la misma pretensión adquisitiva después de la enajenación. Es decir, la preferencia se canaliza en este caso como retracto. La Ley 462 de la Compilación navarra sigue este criterio expresamente: «El derecho de tanteo implica también el de retracto si la notificación no se hubiere practicado en forma o si la transmisión se realizase en condiciones distintas a las notificadas». La doctrina entiende con cierta unanimidad que, en efecto, tanteo y retracto no son sino dos momentos de una misma pretensión adquisitiva. Esta

(9) *Tratado de los contratos*, tomo II, Buenos Aires, 1944, pág. 9.

coincidencia en el modo de operar el tanteo y el retracto les confiere una fisonomía análoga y estrecho parentesco que se manifiesta en una inevitable conexión temporal y esencial. La conexión temporal implica una *continuidad*, que se manifiesta en que ordinariamente precede el tanteo al retracto... y que el retracto se conceda subsidiariamente cuando no haya habido posibilidad de ejercer el tanteo» (10).

Esta continuidad de la pretensión adquisitiva pone de relieve cómo la eficacia del tanteo y del retracto—aquí la examinada principalmente es el tanteo—discurre ajena a la entraña misma del negocio de enajenación. No cuestiona su validez.

3. DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y TITULARIDAD

Los derechos de adquisición preferente son una categoría subsumible dentro de la más amplia de los derechos reales limitados. Es decir, de derechos que inciden en una propiedad ajena que supone su soporte económico y jurídico.

Su incidencia sobre la propiedad es distinta de la de los otros derechos reales limitados. No suponen un poder sobre la cosa. Razón por la cual DÍEZ PICAZO les niega el carácter de derechos reales (11).

La Ley 445, párrafo 1, de la Compilación navarra nos ofrece una descripción de estas figuras que puede ser útil para el análisis de la relación tanteo-dominio o, en el caso de la sentencia que comentamos, tanteo-titularidad del negocio. Dice así el precepto: «Los derechos de tanteo y retracto legal y los demás derechos reales de adquisición *limitan el poder de disposición* del dueño de la cosa y facultan a su titular para adquirirla con preferencia a terceros, en caso de transmisión onerosa».

ALBALADEJO subraya igualmente el carácter limitativo de estos derechos a los que reconoce el carácter de derecho real. «También son límites (a la libertad de enajenar la cosa *a quien el dueño desee*) todos los derechos de tanteo y retracto que establezca directamente la ley a favor de ciertas personas, tendentes a conferirles preferencia en caso de enajenación. Si han sido establecidos, no por la ley, sino por la voluntad de los interesados, no constituyen un límite, sino una limitación del dominio, pues no son régimen normal del mismo, sino que existen sólo si las partes les dieron vida» (12).

(10) Espín: *Manual de Derecho Civil Español*, tomo II, Madrid, 1968, páginas 487 y 488.

(11) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1978, pág. 73.

(12) *Derecho Civil*, III: *Derecho de bienes*, volumen primero, Barcelona 1974, página 218.

Tratándose de una masa patrimonial de difícil configuración (13) es mejor utilizar el término genérico titularidad, que el más preciso de dominio o propiedad. Pues bien, ¿en qué medida limita el tanteo convencionalmente establecido la titularidad adquirida por los adjudicatarios del negocio?

La Sentencia de 16 de febrero de 1973 es en este punto tajante. Deduce de la cláusula particional final cuarta que la adjudicataria *no adquiriría la plena y absoluta disposición de sus derechos hasta pasados diez años, al estar sometida la adjudicación a una doble condición suspensiva y resolutoria.*

¿Es correcto afirmar esto? Da la impresión que el Tribunal Supremo ha querido llegar a una solución justa, a través de un razonamiento un tanto vago, que la pura técnica jurídica no puede proporcionar. Hay un primer argumento que desdibuja el razonamiento del Tribunal Supremo. Sea lo que sea el tanteo, es indudable que depende de una enajenación realizada por el titular del negocio. Luego, en primer lugar, el titular del negocio puede enajenar, ejercitar la facultad de disposición y, en segundo lugar, para que esa enajenación dé lugar al tanteo tiene que producirse dentro de los diez años previstos, luego ha de producirse precisamente en una supuesta situación de interinidad, puesto que la condición suspensiva aplaza la adquisición definitiva.

Por ello hay adquisición plena: porque la facultad de disposición ejercitable dentro del período de *condictio pendens* de una condición suspensiva es sencillamente absurdo.

En segundo lugar, efectivamente, hay una cierta incidencia del tanteo en la facultad de disposición del titular del negocio adjudicado. La Ley 445 de la Compilación navarra, de la que tomamos—convencionalmente—la definición de derechos reales de adquisición preferente, claramente habla de una incidencia de éstos en la facultad de disposición. Pero en este sentido es más preciso ALBALADEJO (14) al concretar el alcance de dicha limitación: queda restringida la libertad de enajenar la cosa a quien el dueño desee. A lo que hay que añadir dos cosas: primera, el propietario o titular no pierde la iniciativa de dirigir una oferta a quien quiera, y, en segundo lugar, la designación del adquirente es eventual, pues depende de que al titular del tanteo le convengan las condiciones de la enajenación fijadas sin su intervención. Luego la incidencia en la facultad de disposición, no en la titularidad toda, es limitada y eventual. Ciertamente muy ligera. Tan ligera que no puede asemejarse en nada a una prohibición de disponer temporal que sí sustraería temporalmente la facultad de dis-

(13) *Vid.* sentencia de 13 de marzo de 1943.

(14) *Ob. cit.*, pág. 73.

posición. Por eso podemos afirmar que la adquisición de la titularidad del negocio es plena y absoluta.

¿Podemos estar ante una condición resolutoria? El artículo 1.506 del Código Civil configura tanto el retracto legal como el convencional, como una causa de resolución. Hay, en efecto, un cierto efecto resolutorio.

Pero a esto hay que oponer: primero, que el tanteo se produce por vía ordinaria—no excepcional como retracto a través del cual pervive—antes de la enajenación y de la adquisición, luego nada puede resolver; segundo, una cosa es que se dé una coincidencia en el efecto—resolutorio—y otra que el mecanismo que desencadena ese efecto sea el mismo: una cosa es una condición—hecho futuro e incierto—y otra cosa una facultad potestativa de configuración. En un caso estamos ante la ceguera de los hechos, en el segundo ante el libre ejercicio de una facultad. En tercer lugar, y sobre toda otra consideración, el efecto resolutorio no alcanza al presuntamente gravado—según el Tribunal Supremo—por una condición resolutoria. El titular del negocio enajenado se desprende del negocio que lo adquiere un tercero que, caso de ejercitarse la pretensión adquisitiva, es el que sufre el efecto resolutorio. Se me dirá que esto ocurre con el retracto y no con el tanteo. Pero la situación, desde el punto de vista de los intereses del titular del negocio, es la misma: él ha decidido enajenar, él toma esa iniciativa de desprenderse y el que ve frustrada la adquisición es un tercero, no el propio titular.

Luego el tanteo no suspende la adquisición de la titularidad, no impide el ejercicio prácticamente normal del poder o facultad de disposición, y el posible efecto resolutorio sobre la oferta o sobre la adquisición no le alcanza a él. La afirmación que hace el Tribunal Supremo en su primer considerando es sencillamente insostenible.

4. AUTONOMÍA PRIVADA Y PREFERENCIA ADQUISITIVA

4.1. *Causa legal y atipicidad causal: interés legítimo*

Así como el tanteo legal responde siempre a un propósito de política legislativa, que justifica la existencia de estas cargas del dominio—que en principio se inspira en el principio de libertad de la propiedad—, el tanteo convencional carece de justificación apriorísticamente establecida por el ordenamiento. El apoyo del tanteo convencional no es otro que la autonomía privada plasmada en el artículo 1.255 del Código Civil, que admite la articulación en forma de tanteo de un interés legítimo de adquisición preferente.

4.2. *Tanteo convencional entre herederos*

Cabría preguntarse si en este caso, al tratarse de un tanteo convencional, sí, pero entre coherederos, no pervivirá de alguna forma la razón de política legislativa que acoge el retracto de coherederos y, por tanto, la fuerza de este tanteo no sea sólo el artículo 1.255, sino la relación que liga a los hermanos herederos. Si así fuere, habría un principio de razón para pensar que aun sin inscripción registral, dicho tanteo tuviese una fuerza frente a terceros, semejante al tanteo legal, por analogía del supuesto que soporta el tanteo convencional con el que prevé la ley para el retracto entre coherederos.

La *ratio* del artículo 1.067 no es mantenible en este caso por dos razones. En primer lugar ha cesado ya la situación de comunidad hereditaria. En segundo lugar por tratarse de cargas de la propiedad y regirse ésta básicamente por el principio de libertad de la propiedad, el tanteo y el retracto son cargas que no admiten una extensión analógica.

4.3. *Referencia a la L. A. U.*

Por último, hay que preguntarse si la remisión que se hace, en la cláusula particional, al régimen del tanteo del arrendador en caso de traspaso de local de negocio por el arrendatario, supone alguna modificación en el régimen normal del tanteo convencional. Pienso que salvo la referencia al plazo de dicho tanteo que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos la referencia a la misma es meramente interpretativa o explicativa del alcance que se le quiere dar al convenio, sin que por eso participe de la fuerza de aquél.

5. EL PLAZO

5.1. *Plazo de sujeción de la propiedad y plazo de ejercicio del tanteo*

En toda preferencia adquisitiva de origen convencional hay que distinguir dos plazos. Un primer plazo dentro del cual de producirse una enajenación es ejercitable el tanteo y un segundo plazo una vez producida la enajenación o notificada la pretensión de enajenar es ejercitable la preferencia adquisitiva ya nacida. También cabe especificar si sólo será ejercitable en una primera enajenación o puede serlo para sucesivos intentos.

El plazo de diez años, acerca del cual se cuestiona en la sentencia que

analizamos, no es un plazo de ejercicio del tanteo ya nacido, sino el período de sujeción de la propiedad y, por tanto, el plazo que marca la existencia del tanteo, cosa que en los tanteos legales no tiene sentido.

5.2. *Plazo de caducidad o de prescripción*

El plazo de ejercicio de la preferencia adquisitiva es, sin lugar a dudas, un plazo de caducidad. El plazo de sujeción de la propiedad tiene un carácter más discutible. En principio se trata de un plazo convencional y la caducidad y la prescripción parece que les conviene más a los plazos establecidos por la ley. Por otro lado, teniendo en cuenta que el interés tutelado es un interés originariamente privado, se inclina la balanza hacia una consideración del plazo como plazo de prescripción. De todas formas no conviene olvidar que la seguridad y certeza de la propiedad que está en juego es un interés de carácter general. En cualquier caso lo importante es retener que es un plazo para enmarcar la enajenación. Producida la enajenación dentro de los diez años, este plazo pierde toda relevancia. No tiene sentido argumentar ni en contra ni a favor como lo hacen el recurrente y el juzgador acerca de si han transcurrido diez años desde la partición hasta la interposición de la demanda. No guardan relación. La enajenación se ha producido dentro de los diez años. Con esto, punto final a la cuestión. La interposición de la demanda en cuanto a su pertinencia se mide por el otro plazo, el de ejercicio de la pretensión nacida.

6. EL FRAUDE

¿Cabe hablar de fraude en la transmisión del negocio hecha de espaldas a los requerimientos de los hermanos? Francamente creo que no. No hay utilización de ninguna cobertura, no hay utilización fraudulenta de una norma. Lo que hay, como luego veremos, es un simple incumplimiento de una obligación que la enajenante contrajo con sus hermanos al realizar la partición. No parece que sea aplicable al caso la dicción del artículo 6, número 4. Otra cosa es utilizar el término fraude en un sentido amplio y no técnico como «maniobra para perjudicar a otros». Pero no es ése el caso del fraude en sentido técnico.

6.1. *Relevancia del conocimiento de la preferencia adquisitiva por parte del tercero adquirente*

El fraude—como perjuicio—en sentido amplio sólo alcanza relieve en el ordenamiento a través del artículo 1.111. Este precepto está positi-

vizado contemplando un supuesto muy concreto que es el empobrecimiento fraudulento frente al acreedor. En este caso cabe hablar de fraude fuera del supuesto del artículo 6, número 4, y en este caso tiene relieve el conocimiento del carácter de la enajenación por el tercero. Fuera de ese caso que el tercero adquiriente que realiza un negocio no en perjuicio de un acreedor—la adjudicataria es, como veremos, obligada, pero no deudora—, sino del titular de una pretensión personal, carece de relieve.

7. DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE Y «CARGAS OBLIGACIONALES»

El «quid» de esta sentencia radica en el hecho simple de que el Tribunal Supremo por razones extratécnicas da relieve a un tanteo convencional personal o real, pero en definitiva no inscrito. Es decir, hace valer un pacto de forma tal que su eficacia alcance a un tercero adquiriente. Esta es la gran cuestión de los tanteos y retractos personales. ¿Cómo una preferencia adquisitiva puede articularse obligacionalmente? No es posible. La vía seguida por el Tribunal Supremo será otra: recordará que el artículo 1.257 admite excepciones. En definitiva, tratará al tanteo como a un pacto. Es decir, reconocerá dos cosas: una, no tiene carácter real; dos, no se trata, por tanto, de una preferencia que ejercitan los titulares del presunto tanteo, sino de un compromiso que debe cumplir el obligado. Precisemos un poco todo esto.

7.1. *Carácter potestativo de las preferencias adquisitivas: la idea de facultad*

Los derechos reales de adquisición preferente, ya sean legales ya sean personales, suponen una posibilidad de adquisición *ad libitum* prefigurada a favor del titular del mismo—por contrato—o del titular de una determinada posición jurídica—por ley: comunero—que le faculta para en caso de enajenación, sopesar la posibilidad de adquirir la cosa en vez de un tercero interesado o adquiriente. Se trata de un derecho potestativo de configuración que tiene todo el aspecto de una *facultad*, aunque propiamente no sea tal. Se trata de una incidencia real en la facultad de disposición del propietario, en cuanto propietario, no en cuanto sujeto concreto con nombres y apellidos.

7.2. *Las «cargas obligacionales» como relaciones constituidas: la idea de vínculo*

Las denominamos obligacionales porque tienen un carácter estrictamente personal. Cargas, porque trascendiendo su carácter relativo, pueden

afectar a terceros y transmitirse afectando a los mismos. Es decir, prefigurando la facultad de disposición parece que delimitan la legitimación del titular de la cosa para la validez de un acto de enajenación: *nemo plus iuris ad alim transferre potest, quam ipso habeat*. Esta es ciertamente la auténtica ubicación técnica del tanteo y del retracto personales. No operan como preferencias adquisitivas, puesto que eso supone eficacia real, pero no son absolutamente ineficaces porque pueden trascender su carácter personal como «cargas obligacionales», es decir, como compromisos previos que relativizan el alcance del artículo 1.257 (15). ¿Qué diferencia hay entre ambos supuestos? Aquí la situación no la preside tanto la idea de facultad, como la idea de *vínculo* que previamente constituido, con carácter normal y definitivo, condiciona la facultad de disposición del titular de la cosa.

7.3. *El artículo 1.257 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

El alcance que deba darse al artículo 1.257 es el tema central del pleito y de la sentencia que aquí comentamos. La prudencia de los Tribunales debe, caso por caso, sopesar la conveniencia de aplicar este precepto. Todos los demás razonamientos no tienen sentido. El tanteo personal no es viable como preferencia adquisitiva y, por tanto, lo que en el litigio hay que decidir es el alcance que se le da al compromiso que ligaba a los hermanos, y por tanto, el alcance que en este caso concreto debe darse al artículo 1.257.

«No siempre es posible cambiar los efectos de un hecho jurídico sobre las personas de los interesados directos.» Esta idea es a su vez el límite al principio de relatividad de los contratos. La doctrina se ha ocupado de esta cuestión. DÍEZ PICAZO advierte que «los contratos que se van realizando sucesivamente, contemplan necesariamente y se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes».

El Tribunal Supremo también, como es lógico, se ha enfrentado con esta cuestión. Nos limitaremos a dar noticia de las dos sentencias que se citan en los considerandos.

7.3.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1959. El 16 de junio de 1942 se constituyó la sociedad «Vidrios Manufacturados». Posteriormente, y por razones políticas, uno de los socios incluye en el haber social otros bienes inmuebles, siendo respetado por el resto de los socios el carácter de la aportación, asegurándole su devolución

(15) DÍEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970, páginas 264 y ss.

—como privativos—, otorgándole para ello los documentos necesarios para la reivindicación. Pasadas las circunstancias aludidas el socio aportante trató inútilmente de retirar dichos bienes y como consecuencia de todo ello se suicidó.

El 25 de septiembre de 1947 se tomó el acuerdo de disolver la sociedad, liquidar y vender los bienes. En la venta se incluyeron los bienes privativos del socio aportante.

La viuda demandó la nulidad del acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad y nulas las operaciones que traigan causa de ese acuerdo. Subsidiariamente pidió la nulidad de la venta de los bienes privativos de su marido, ahora de ella como heredera.

El Juez de Primera Instancia admitió la demanda y declaró nulo el acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad y, en consecuencia, nulos los actos de enajenación. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó parcialmente: admitió la validez del acuerdo social, pero mantuvo la nulidad de la venta de los bienes reclamados por la viuda. Los compradores interponen recurso de casación en el que hacen valer su condición de terceros civiles (art. 1.257) y su carácter de terceros hipotecarios (artículo 34 L. H.), porque concurren todos los requisitos para otorgarles la defensa de la fe pública registral.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. En el primer considerando abordó el problema en los siguientes términos:

Considerando que en el motivo primero del recurso, el recurrente aduce que la sentencia recurrida viola los artículos 1.257 del Código Civil y el 34 de la Ley Hipotecaria, alegando que tiene la condición de tercero civil, y conforme al precepto últimamente citado, al que protege la citada ley, por ser extraño al contrato de constitución de sociedad celebrado entre el marido y causante de la actora y los vendedores de las fincas que se reclaman; pero en este sentido de su argumentación olvida que el contrato cuya nulidad se pide sea declarada en la demanda es el de compraventa, en el que fueron parte, como compradores, los recurrentes, y no el de sociedad, clara diferenciación entre uno y otro, que hace inaplicable el artículo 1.257 en cuanto a su consideración de tercero, pues este precepto se limita a recoger la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos; pero ello no es obstáculo para que en otro aspecto el contrato pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, cuando se adquiere de uno de los contratantes por un acto *inter vivos*, cual la venta, y como consecuencia de la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, el causahabiente, a título particular, soporta los efectos de los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ella si influye en el derecho que se transmite, por cuyas dos razones no puede reputársele tercero en el orden civil ni tampoco en el hipote-

cario, pues para que el adquirente se encuentre amparado por la fe pública registral, que consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es preciso que desconozca que en el título que ostenta el transmitente existe una causa de nulidad o de resolución que no consta en el Registro, produciendo la disconformidad entre la realidad jurídica y la inscripción, requisito de la buena fe que exige primordialmente aquel precepto y negado por el Tribunal *a quo* que exista en este caso; es improcedente partir de que la buena fe concurre como supuestos de su razonamiento, ya que es doctrina jurisprudencial (sentencia de 24 de noviembre de 1915 y 12 de enero de 1943, entre otras muchas) que su apreciación como cuestión de hecho está atribuida a los Tribunales de Instancia, y sólo puede ser impugnada como error de hecho o de derecho por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y no por la del número primero, como hace el recurrente, todo lo que determina la desestimación de este motivo.

7.3.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1965. El 15 de enero de 1953 el actor recibe el traspaso de la exclusiva para la venta en la provincia de Valladolid de las aguas de «Castromonte Vita». Posteriormente esta entidad arrienda el negocio a don José María Isusquiza, desarrollando de esta forma el negocio el actor en la provincia de Valladolid y el señor Isusquiza en el resto de la península. Fallecido el señor Isusquiza los herederos desconocen los derechos del actor. Todo ello les llevó a interponer la correspondiente demanda que fue desestimada por el Juez de Primera Instancia. Apelada la sentencia fue revocada por la Audiencia reconociendo el derecho del actor de venta en exclusiva para Valladolid de las aguas medicinales «Castromonte Vita». Contra esta última, los herederos del señor Isusquiza interpusieron recurso de casación por infracción de ley, articulando en tres motivos en los cuales fundamentalmente alegan violación del artículo 1.257. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. En el primer considerando abordó el problema de la siguiente forma:

Considerando que el primer motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por no aplicación, concepto equivalente al de violación, del artículo 1.257 del Código Civil, y en él, tras de fijar los términos en que aparece, a juicio del recurrente, planteada la cuestión a resolver, se señala la diferencia de criterio sustentada, al respecto, por el Juzgado de Primera Instancia y por la Sala sentenciadora, entendiendo que las razones expuestas en el fallo dictado por aquél son suficientes, sin necesidad de exponer otras, para acreditar la existencia del defecto acusado, al no limitar los efectos de los contratos en pugna a los respectivos contratantes y sus herederos; pero para graduar la fuerza de este argumento único, que más que combatir lo resuelto por la Sala, se limita a subrayar lo que estima como mayor acierto por parte del juzgador en Primera Instancia, es preciso tener

en cuenta: A) Que si el artículo 1.257 del Código Civil no hace otra cosa que recoger el carácter relativo y personal que ha de reconocerse, a los efectos derivados de un contrato, que no pueden extenderse a los que no habiendo sido parte en ellos, no pueden quedar sujetos por las consecuencias de un consentimiento que ellos no prestaron y que no les vincula como herederos o causahabientes de los otorgantes, y por ello la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 1960 establece que conjugando los artículos 1.091 y 1.257 del Código Civil, bien se advierte que el contrato, que es ley para las partes que en él intervienen, únicamente entre estas que lo otorgan y sus herederos, debe producir efecto y sólo a ellos se puede exigir su cumplimiento, sin que sus estipulaciones puedan ser limitadas por quien, siendo ajeno a ellas, no ha tenido en las mismas participación alguna; este principio no es tan absoluto que no puedan extenderse a personas no intervinientes en lo pactado los efectos del contrato, bien por vía de atribución de derechos (estipulaciones a favor de terceros) o de limitación de los mismos, cuando se adquieren a virtud de negocios jurídicos, posteriores a otros celebrados entre el que los transmite y adquirentes anteriores, en razón a la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, que impone al contratante, a título particular, la necesidad de soportar los efectos de los contratos precedentes que celebró quien transmite, como reconoce la sentencia de 17 de diciembre de 1959. B) Que por ello la cuestión planteada en la litis no puede quedar reducida, como con criterio simplista entendió el Juzgado de Primera Instancia, a reconocer y proclamar la independencia de los contratos que quieren enfrentarse y se ponen para ello en juego, dentro del campo de la litis: aquel por el que la Sociedad explotadora del manantial concedió la exclusiva de venta de las aguas minerales, en un territorio determinado, a favor de quien luego cedió el derecho adquirido al hoy demandante, y el otro contrato posteriormente celebrado entre la Sociedad dicha y uno de sus accionistas para ceder a éste en arrendamiento la explotación del negocio; es obvio que el segundo contrato, precisamente por los efectos relativos y personales que le asigna el artículo 1.257 del Código Civil, no podía borrar o extinguir lo que el transmitente en el mismo había pactado con anterioridad a favor del exclusivista local de la venta de agua, hoy su sucesor, el demandante, y que el accionista arrendatario, del que son herederos los demandados, no podía adquirir por el contrato de arrendamiento más derechos de los que, a la sazón, estaban en poder y posesión de la Sociedad arrendadora, sin posible extensión a aquellos de que se había desprendido anteriormente y cuyo respeto le incumbía hasta su legal extinción, que por sí solo el arriendo no podía producir. C) Que, en consecuencia, la interferencia o colisión entre los dos contratos sólo podía producirse al desconocer la existencia y efectos de uno (el primeramente celebrado), extendiendo a su costa e indebidamente los efectos del otro, y en este punto la Sala sentenciadora, con un prolijo análisis de la prueba practicada y una meticulosa exposición de los hechos que, a virtud de la misma, estima como probados, pone de relieve que tal colisión o interferencia no llegó a producirse, por cuanto el accionista arrendatario de la explotación de las aguas conocía perfecta-

mente la existencia del anterior contrato de concesión de exclusiva, con carácter local, y lo respetó coadyuvando a su cumplimiento, con hechos tan elocuentes como permitir en todo momento y facilitar el agua convenida para el normal ejercicio de los derechos dimanantes del mismo, que visiblemente limitaban su esfera de acción, y coparticipando para ello con el exclusivista en la utilización del mismo local y uso de un teléfono común, para el desarrollo de sus respectivas actividades, situación de respeto que, aun con las posteriores variaciones de local impuestas por la necesidad de desalojar el primeramente ocupado, se prolongó hasta el óbito del arrendatario, siendo sus herederos los que, contrariando la situación creada y reiterada, pusieron fin a la misma de modo unilateral, interrumpiendo el suministro de agua, que hasta entonces se había efectuado normalmente, al exclusivista. D) Que como tales hechos no han sido atacados en el recurso y sus consecuencias jurídicas, que la Sala valora acertadamente, en observancia de la teoría de los actos propios, no pueden neutralizarse por la sola invocación de lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código Civil, que aparece debidamente observado por aquélla, el motivo se ofrece sin base suficiente para su legal estimación y por ello no puede ser acogido.

V. CONCLUSIONES

1. Probablemente esta sentencia—16 de febrero de 1973—hace justicia en el caso concreto. Acierta con la solución justa.
2. Desde un punto de vista técnico conviene precisar lo siguiente:
 - 2.1. Se acoge el tanteo convencional. No se aclara si su configuración es real u obligacional; en todo caso se le da, en definitiva, el trato de un pacto. Desde este punto de vista—admisión del tanteo convencional—el razonamiento de la sentencia hace perder valor a la mención que del mismo se hace.
 - 2.2. La calificación del traspaso como nulo no parece correcta. El compromiso previo podrá alcanzar a la facultad de disposición, y por tanto, plantea un problema de legitimación. Pero desde la óptica del artículo 1.261 y concordantes, el negocio de traspaso es de una validez incuestionable.
 - 2.3. La relatividad de la relatividad contractual establecida en el artículo 1.257 es patente. Se trata de un punto donde se hace sentir un mejor tratamiento doctrinal como necesario.

- 2.4. Conviene recordar que el artículo 1.257 no recoge únicamente una mera formulación doctrinal, sino que es una pieza dentro del sistema que articula el Derecho privado para proteger la seguridad del tráfico jurídico.
- 2.5. La tensión entre la seguridad jurídica y atendibilidad de un pacto no inscrito debe inclinarse en principio por el primer término de la alternativa, sobre todo tratándose del traspaso de una entidad mercantil.

LUIS IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI
Profesor adjunto de Derecho Civil

Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español

SUMARIO: 1. Los nuevos datos del orden público económico y las obligaciones pecuniarias.—2. Breve esquema del sistema monetario español y el dinero como bien jurídico.—3. Indicación sobre las teorías monetarias metalista, nominalista y valorista; el sistema adoptado por el Código Civil español.—4. Tipología de las obligaciones pecuniarias; las deudas de moneda como obligaciones específicas y genéricas; las deudas de dinero y su régimen jurídico; las deudas de valor; remisión.—5. La disciplina del pago, recibo y mora de las deudas de dinero.—6. Los supuestos especiales de la deuda de intereses y la deuda expresada en moneda extranjera.—7. La devaluación monetaria y las técnicas de revalorización; concepto, clases y función; la técnica dogmática de las deudas de valor y sus dificultades; la técnica convencional de las cláusulas de estabilización y su admisibilidad; las técnicas judicial y legislativa y su eficacia limitada.

1. ASCARELLI, uno de los autores italianos que más ha profundizado en el estudio de las repercusiones que los problemas monetarios presentan en el Derecho moderno, ha dicho con toda razón que éstos, y las obligaciones pecuniarias, por consiguiente, están situados en el «centro de la fenomenología jurídica» (1). Observación que es tanto más patente cuanto se la entienda referida, en particular, a «la parte o sector del ordenamiento jurídico que reglamenta la distribución de los bienes eco-

(1) Se trata de uno de los autores que más atención ha prestado a los problemas jurídicos inherentes al dinero y que ha ejercido una influencia determinante en nuestra doctrina más reciente; *vid.* sus obras fundamentales *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928; *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952, y *Obbligazioni pecuniarie*, en SCIALOJA-BRANCA, «Comentario del codice civile» (arts. 1.277-1.284), Roma-Bologna, 1960, a la que pertenece la frase transcrita en el texto, *sub* arts. 1.277-1.281, pág. 7. Para su influencia en nuestra doctrina nos remitimos a los importantes estudios de BONET CORREA, «Problemática actual de las obligaciones pecuniarias», en *RDN*, 10 (1962), págs. 197 y ss.; «El dinero como bien jurídico», en *Estudios Castán*, IV, Pamplona, 1969, págs. 87 y ss., y últimamente «Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de dinero», en *RDN*, 91 (1978), págs. 11 y ss.

nómicos y el tráfico o cambio de manos de dichos bienes, así como la cooperación social que se produce entre los miembros de una misma comunidad o grupo humano a través de la prestación de servicios de una persona en relación o en favor de otra o de otras»; referida, pues, a lo que entre nosotros se ha denominado Derecho patrimonial (2), uno de cuyos ámbitos más definidos está constituido por la disciplina de la relación jurídica obligatoria, en la que las nociones de patrimonialidad y de pecuniariedad están íntimamente imbricadas (3). Observación que, en fin, da una importancia singular a las obligaciones pecuniarias, no sólo por los graves problemas prácticos que, en ocasiones, suscitan, sino sobre todo por ser una especie de banco de prueba en orden a verificar los principios generales vigentes en el sistema (4), puesto que no sólo desbordan el campo tradicional del Derecho de cosas y de obligaciones, e inciden en el de la persona, familia y sucesiones, sino que trascienden las fronteras del Derecho civil para enclavarse en la esfera elástica del llamado Derecho de la Economía (5).

De acuerdo con esto, una nota que distingue a las obligaciones pecuniarias, por contraste con otras clases de obligaciones, es una sensibilidad especial ante los principios fundamentales del orden público económico y sus variaciones. En el marco de la legalidad constitucional y de la legislación especial sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia, se ha señalado que estos principios eran, en el decenio de los años sesenta, los de atribución de bienes económicos a base del derecho de propiedad privada de bienes de producción y consumo, presupuesto en los

(2) Es la conocida denominación que ha introducido en nuestra doctrina Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970, reimpression 1972, págs. 39-40; antecedentes de esta concepción es posible encontrar en FARIAT: *L'ordre publique économique*, París, 1963, y *Droit économique*, París, 1971; en cuanto a su contenido en los términos transcritos, BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, trad. esp. y notas por DE LOS MOZOS, I, Madrid, 1969, págs. 1 y ss.

(3) Para esto, en nuestra doctrina, HERNÁNDEZ GIL: «El problema de la patrimonialidad de la prestación», en *RDP*, 1960, págs. 273 y ss.; SANTOS BRIZ: «Tendencias modernas en el Derecho de obligaciones», en *RDP*, págs. 548 y ss.; BONET (RAMÓN): «Naturaleza jurídica de la obligación», en *RDP*, 1967, págs. 835 y ss.; VÁZQUEZ BOTE: «La obligación, concepto, naturaleza y estructura», en *RGLJ*, 1974, páginas 595 y ss., aparte de las obras generales; además, GIORGIANNI: *La obligación. La parte general de las obligaciones*, trad. esp. por VERDERA, Barcelona, 1958, y del mismo autor, «Obbligazione (Diritto privato)», en *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, págs. 581 y ss.

(4) Ha subrayado este aspecto NICOLÒ: «Gli effetti giuridici della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione», en *Foro it.*, 1944-1946, IV, c. 42 y ss., especialmente c. 42.

(5) Acerca de este sector del ordenamiento, últimamente, DE LOS MOZOS: *Derecho Civil Español*, I-1, Salamanca, 1977, págs. 113 y ss.; para otras referencias, vid. BONET CORREA: «Las transformaciones contemporáneas del ordenamiento patrimonial», en *Estudios De Castro*, I, Madrid, 1976, págs. 271 y ss., y nuestro estudio *Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español*, León, págs. 27 y ss.

artículos 348 y 352 del Código civil, y «matizado» por las exigencias del bien común; iniciativa económica privada y libertad de contratación en los términos del artículo 1.255 del mismo Código, limitadas de forma general por la normativa de planificación y de forma particular con respecto a ciertos contratos especiales, que no es el momento de concretar; conmutatividad en la circulación de los bienes, referida, de una parte, a la existencia de una causa o título que justifique el desplazamiento patrimonial y, de otra, a la reciprocidad de las prestaciones que se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 1.289; buena fe consistente «en la lealtad en los tratos y en la fidelidad a la palabra dada» no sólo en la contratación y su contenido, según establece el artículo 1.258, sino en el comportamiento posterior de las partes enderezado a la ejecución y cumplimiento del deber de prestación fijado en el programa contractual; seguridad jurídica, en fin, principio que acaso sea el de mayor interés para nuestro estudio, entendida como certidumbre acerca del régimen jurídico aplicable a una determinada relación y, en conexión con el tráfico jurídico en particular, como el principio por virtud del cual nadie puede «quedar expuesto a pretensiones de fundamento desconocido o inesperado» (6). Este cuadro de principios se llena de contenido si recordamos que el mercado moderno de signo capitalista se traduce en términos jurídicos, según se ha advertido acertadamente entre nosotros, en la propiedad privada de los medios de producción, la libre iniciativa económica, la acumulación de capital por su ejercicio, la búsqueda del lucro directo e indirecto como motor fundamental de la actividad económica, la subordinación del trabajo ante el capital en el seno de la empresa, la subsidiariedad de la actividad económica pública y la planificación indicativa (7).

No disímil es el orden público económico, en el que está inmersa la disciplina peculiar de las obligaciones pecuniarias, perfilado por los nuevos datos normativos del decenio actual. En efecto, la reforma del Título Preliminar del Código Civil, y dentro del ámbito que le corresponde, ha precisado el principio de seguridad jurídica al señalar, justamente en el artículo 1.1, el sistema de fuentes de Derecho objetivo y, en los artícu-

(6) En este sentido, Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 43-48, tema con el que inicia el estudio del Derecho patrimonial, antes de tratar de su primera parte concerniente, como se sabe, a las relaciones jurídico-obligatorias, si bien en el examen de las obligaciones pecuniarias no se refiere al mismo (cfr. la *op. cit.*, págs. 448 y ss.).

(7) Así lo ha puesto de relieve en nuestra doctrina BROSETA: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1974, pág. 79; ampliamente, el clásico RENNER: *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, trad. ingl., London, 1949; modernamente, los estudios de FORSTHOFF: «Der Jurist in der industriellen Gesellschaft», en *NJW*, 1960, págs. 1275 y ss., y *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971; de FRÖHLER: *Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik*, Wein, 1969, y FRÖHLER-MEYCIK: *Wirtschaftsrecht*, München, 1970, y de BARCELLONA: *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, y *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, entre otros.

los 3 y 4, los criterios fundamentales de interpretación y de integración de las normas jurídicas, al par que ha confirmado la *vis expansiva* del principio de buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos (8). De otra parte, el texto constitucional vigente contempla, también, el principio de seguridad jurídica en el artículo 9.3 y reconoce de nuevo el derecho de propiedad privada en el artículo 33.1, precepto que añade en su apartado segundo que la «función social» de este derecho subjetivo se determinará por ley ordinaria; al propio tiempo establece un sistema dual con respecto a la actividad e iniciativa económicas según cabe inferir del artículo 38, de acuerdo con el cual «se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», sujeta a las indicaciones de la planificación económica, y del artículo 128.2, que declara reconocer, asimismo, «la iniciativa pública en la actividad económica», de forma que ambas pueden coexistir sin que haya una relación de preferencia o de subsidiariedad entre una y otra. Acaso el texto constitucional subraya una idea que antes estaba menos explícita y que incide, a nuestro modo de ver, en la problemática que nos ocupa; nos referimos a la idea de igualdad que es propugnada, según proclama el propio artículo 1.1, como un ingrediente esencial del llamado «Estado social y democrático de Derecho». Esta idea de igualdad es concebida, de conformidad con el artículo 14, como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos; repercute, con arreglo al artículo 139.1, en el campo de la organización territorial, y es la que inspira el módulo de redistribución de rentas que debe orientar la política social y económica, según establece el artículo 40.1; la planificación estatal de la economía, de acuerdo con el artículo 131.1, y, por medio de esta última, la iniciativa económica privada, de conformidad con lo que dispone el citado artículo 39, segundo inciso. Importa destacar, por último, que es competencia exclusiva del Estado, según declara el artículo 149.1.8.º, la disciplina concerniente a las «bases

(8) Sobre la reforma del Título preliminar del Código Civil, *vid.*, especialmente, *Documentación Jurídica*, 4 (1974); ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE VALENCIA: *Curso monográfico*, Valencia, 1975; ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE BARCELONA: *Ciclo de conferencias*, Barcelona, 1976; CASTRO VÁZQUEZ: «La génesis de la reforma del título preliminar del Código Civil», en *RDP*, 1976, págs. 3 y siguientes; CADARSO PALAU: «Reforma de la ley y renovación del ordenamiento en el título preliminar del Código Civil», en *ADC*, 1976, págs. 55 y ss.; el volumen editado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, *El Título Preliminar del Código Civil*, Madrid, 1977, y el publicado por varios autores, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1978, ambos de dos tomos. En cuanto a los artículos 3 y 4 del Código Civil, además de las obras generales, es de interés DE LA VEGA BENAYAS: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, Madrid, 1976; por lo que se refiere al principio de buena fe, DE COSSÍO: *El dolo en el Derecho Civil*, Madrid, 1955; Díez-PICAZO: *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1963; DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, y *La buena fe en el título preliminar del Código Civil*, en Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, *op. cit.*, págs. 439 y ss.

de las obligaciones contractuales», así como, según dispone el número 11.º de esta última disposición, el «sistema monetario» comprensivo, entre otras materias, de las relativas a «divisas, cambio y convertibilidad» (9).

2. Aunque el último precepto constitucional que hemos citado no menciona la moneda nacional, es obvio—y, sin duda, por evidente la omite—que ésta es el componente esencial del sistema monetario. Se ha difundido entre nosotros un concepto descriptivo de sistema monetario de acuerdo con el cual se entiende que es «el sistema de dinero construido sobre una determinada unidad monetaria o de cuenta de un país o del 'ámbito territorial del sistema', por medio del cual es posible expresar cualquier valor patrimonial en una determinada suma de dinero» (10); esto es, el instrumento técnico por medio del que «el Estado establece cuál es el dinero, fija su unidad ideal o de cuenta y emite o reconoce signos monetarios en que se materializa o que lo representan» (11); está referido a los medios legales de pago y, en rigor, a la moneda propiamente tal en cuanto unidad de medida básica y oficial, y en cuanto medio de expresión o de representación material, del valor patrimonial (12). En España, esta unidad monetaria es la peseta desde la Ley de 26 de octubre de 1868, ratificada, entre muchas otras, por la de 18 de diciembre de 1948 (13).

Un esquema del sistema monetario español debe distinguir dos etapas

(9) Cabe hacer a este respecto dos consideraciones: de una parte, estos datos constitucionales se deben integrar en un cuadro unitario con el resto del ordenamiento de conformidad con la idea de «unidad esencial del Derecho» que ha subrayado entre nosotros recientemente DE LOS MOZOS: *Derecho Civil Español*, citado, págs. 105 y ss.; de otra parte, la naturaleza y eficacia de los principios del orden público económico es la que corresponde a los principios generales del Derecho, según entiende el propio Díez-PICAZO: *Fundamentos*, cit., pág. 48, lo que resulta de algún modo confirmado por los artículos 1.4 del Código Civil y 53.3, C.

(10) En tal sentido, la conocida definición de LARENZ: *Derecho de Obligaciones*, I, trad. esp. por SANTOS BRIZ, Madrid, 1958, pág. 174, la que ha tenido gran acogida en nuestra doctrina, tal como lo ponen de relieve, entre otros, PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, I-2, 1.ª ed., Barcelona, 1959, pág. 325; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 450, y, últimamente, LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, II-1, Barcelona, 1977, pág. 50.

(11) Literalmente, HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1960, página 179, quien subraya, además, la idea de los nacionalismos monetarios que en el marco de la Comunidad Económica Europea, por lo menos, parece haber perdido su rigidez en la actualidad; como una manifestación de la soberanía del Estado concibe el sistema monetario PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 321, y, en términos similares, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pág. 221.

(12) Para este punto, *vid.* las observaciones de ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 25 y ss., con referencias.

(13) Antes de la peseta la moneda oficial de España era el escudo, el que substituyó al real por Real Decreto de 15 de mayo de 1848; así, pues, en el arco de los cien últimos años las unidades básicas del sistema monetario español han sido, sucesivamente, el real, el escudo y la peseta.

separadas por las Leyes de 1939 que mencionaremos, las que han establecido las bases de la disciplina vigente en la materia. Antes de este año, la unidad del sistema estaba constituida por monedas de oro y de plata con curso legal y forzoso de acuerdo con el artículo 2 del Decreto de 19 de octubre de 1868, y por billetes emitidos por el Banco de España —único banco emisor desde el Decreto-ley de 19 de marzo de 1874— convertibles en monedas metálicas ante cualquier banco, según lo que dispone el artículo 181 del Código de Comercio, «en el acto de su presentación por el portador» (14). Por el contrario, un sistema monetario diverso establecen las Leyes de 1939 y las múltiples disposiciones que las han desarrollado con posterioridad; así, la Ley de 20 de enero de 1939 privó de curso legal a las monedas de plata, pues las de oro habían cesado *de facto* de circular; las Leyes de 9 de noviembre de 1939 instauran un régimen de papel-moneda en el que el eje del sistema descansa en billetes emitidos por el banco emisor, a los que se asigna curso legal, curso forzoso y plena eficacia solutoria y el Decreto de 24 de julio de 1947, por el que se fija el Estatuto del Banco de España, reitera en su artículo 24 que «los billetes del Banco de España son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio». La unidad del sistema continúa siendo la peseta de conformidad con lo que previenen, entre otras, las Leyes de 26 de diciembre de 1957 y de 5 de mayo de 1959 y la moneda fraccionaria y divisionaria, la que establecen las Leyes de 18 de diciembre de 1956 y de 12 de marzo de 1975; cabe destacar que, si bien la Ley de 18 de marzo de 1966 restableció la existencia de monedas de plata de cien pesetas, tales monedas han sido retiradas de la circulación por los Decretos de 19 de diciembre de 1975, los que prevén un nuevo plan de acuñación (14 bis). Podemos suscribir, pues, la opinión según la cual en nuestro sistema monetario «no hay dos especies de moneda metálica (oro y plata) de igual rango y curso legal, sino una sola moneda con curso forzoso total: los billetes del Banco de España» (15), lo que incide cier-

(14) Para mayores detalles de este sistema, entre otros, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 183-184; acerca de la convertibilidad, el Real Decreto de 10 de agosto de 1875, especialmente el artículo 8.

(14 bis) Asimismo, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 185-186; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil español*, III, 4.ª ed., Madrid, 1975, págs. 66-67, especialmente nota 61; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, III, 12.ª ed. revisada y ampliada por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1978, pág. 364, y II-2, 12.ª ed. revisada y ampliada por DE LOS MOZOS, Madrid, 1978, págs. 608 y ss. En otro orden de cosas es de señalar que si bien la unidad del sistema no ha cambiado, sí se ha alterado su valor intrínseco de conformidad con las Leyes de 19 de octubre de 1868, 26 de diciembre de 1921, 24 de enero de 1927, 26 de noviembre de 1931, 18 de diciembre de 1946 y Decreto-ley de 4 de julio de 1958 y de 19 de noviembre de 1977; de acuerdo con este último, la paridad de la peseta se ha establecido a razón de 0,126953 gramos de oro por peseta.

(15) Como bien lo apunta HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 186, textualmente; para algunas referencias relativas a la historia económica de nuestro sistema mo-

tamente en el texto del artículo 1.170, apartado primero, del Código Civil, fundamental en la disciplina del pago de las obligaciones pecuniarias.

Sin embargo, al lado de estas especies monetarias de curso legal y forzoso, admite nuestro sistema monetario la circulación limitada de otros elementos que cumplen funciones equivalentes al dinero; se trata, de una parte, de las monedas extranjeras, a las que nos referiremos en su momento, y, de otra, del llamado dinero bancario o de giro. Por lo que se refiere a este último, se ha señalado que consiste, de un modo muy genérico, en «órdenes de pago respecto del dinero que previamente ha sido depositado en los Bancos o que se ha obtenido el derecho a disponer de él mediante apertura de una cuenta de crédito» (16). Es un dinero de circulación fiduciaria que puede ser recusado como medio de pago, salvo pacto en contrario; de acuerdo con los usos del tráfico, se documenta en pagarés, letras de cambio y cheques o talones, en diferentes modalidades, los que, una vez realizados, sustituyen al dinero y desempeñan idéntica función solutoria en los términos del mencionado artículo 1.170, apartado segundo, del Código Civil, precepto que parece establecer, por otra parte, un determinado orden de prelación entre las diversas clases de dinero, es decir, «especie pactada, moneda legal, billetes, letras de cambio y pagarés a la orden», serie a la que hay que añadir los cheques (17).

De esta descripción sumaria del sistema monetario español se derivan consecuencias importantes en planos diversos. De una parte, el examen de tal sistema pone de relieve que, desde el punto de vista exclusivamente jurídico, único que aquí nos interesa, el dinero es una institución sancionada y regulada por el ordenamiento, una entidad normativa de medio de pago y de unidad y medida del valor económico creada por él mismo; a semejanza de muchas otras instituciones del Derecho, el dinero tiene un *substrato* material de índole económica y sociológica que es relevante jurídicamente sólo en la medida en que constituye el supuesto de hecho para la aplicación de una determinada disciplina normativa que, en este caso, además del sistema monetario, es la propia de las obligaciones pecuniarias (18). De otra parte, cabe inferir la existencia de un nexo ló-

netario, *vid.* las que cita BONET CORREA: «Cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código Civil sobre el pago de las deudas de dinero», en *ADC*, 1971, páginas 1085 y ss., especialmente pág. 1091, nota 25.

(16) Así, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 182, literalmente; en términos similares, Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 450, y LACRUZ, *op. cit.*, pág. 87; *vid.* sobre este punto el clásico estudio de GARRIGUES: «El dinero como objeto de la actividad bancaria», en *RDM*, 1958, especialmente págs. 34 y ss.

(17) Así lo advierte, en este último sentido, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, pág. 229.

(18) Se trata de la teoría estatal, cartal o jurídica del dinero iniciada por KNAPP: *Staatliche Theorie des Geldes*, Leipzig, 1905, desarrollada principalmente

gico necesario entre el sistema monetario legal y el principio nominalista, pues carecería de sentido organizar un sistema de esta naturaleza y no establecer y declarar un valor teórico—nominal—para las unidades del mismo, sobre todo cuando su función consiste, precisamente, en expresar de forma numérica medidas de valor (19). En fin, cabe deducir una primera aproximación al concepto de dinero entendido en el sentido material de monedas y billetes; en una palabra, pesetas. Pero no es éste el sentido propio del dinero por cuanto las monedas son, en realidad, como se ha dicho entre nosotros, un instrumento o un símbolo representativo del dinero (20).

En efecto, impera en nuestra doctrina una definición clásica de dinero en sentido estricto según la cual se trata de «aquellas cosas que, en el comercio, se entregan y reciben, no como lo que físicamente representan, sino solamente como fracción, equivalente o múltiple (x veces) de la unidad ideal» del sistema monetario, de donde se ha entendido que consiste, en rigor, en una unidad ideal de poder patrimonial abstracto, en un bien inmaterial de naturaleza patrimonial, tanto en el ámbito del Derecho de cosas como en el de las obligaciones, de forma que el dinero es «un bien jurídico sancionado normativamente por una comunidad social en cuanto moneda que se instituye como unidad de cuenta con poder adquisitivo y que es instrumento de cambio y medio de pago en las relaciones patrimoniales» (21). Sus funciones, desde el punto de vista

por BENDIXEN: «Nominalität der Geldschulden», en *Währungspolitik und Geldtheorie im Lichte des Weltkrieges*, Hamburg, 1918; acerca de ambos, *vid.* SINGER: *Knapp-Bendixen. Zur Staatlichen Theorie des Geldes. Ein Brieweschel 1905-1920*, Basel-Tübingen, 1958, y, entre nosotros, BONET CORREA: *El dinero*, cit., especialmente pág. 107, nota 71, con otras referencias; esta concepción es la que parece prevalecer en nuestra doctrina según cabe inferir, por ejemplo, de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 225 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 341 y siguientes; Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 449-450. La observación metodológica acerca de la relevancia jurídica del dinero se debe a NICOLÒ, *loc. cit.*

(19) Es la tesis de NUSSBAUM: *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischer Rechts*, Tübingen, 1925, trad. esp. por SANCHO SERAL: *Teoría jurídica del dinero*, Madrid, 1928; también del mismo autor alemán, *Money in the Law National and International (A comparative study in the borderliner of law economics)*, Brooklyn, 1950, que parece prevalecer entre nosotros según lo ponen de relieve las obras citadas en la nota anterior; ha resaltado la necesaria imbricación entre el sistema monetario y el principio nominalista principalmente VELASCO: «Algunas consideraciones sobre la cláusula valor oro», en *RDP*, 1950, págs. 530 y ss., oponiéndose por ello a las cláusulas de valorización, a las que aludiremos en el número 7 *infra*.

(20) En este sentido, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 172, y BONET CORREA: *El dinero*, cit., pág. 109, entre los autores que más atención han prestado al tema en nuestra doctrina.

(21) Se trata de la clásica definición del dinero de NUSSBAUM que reproduce BONET CORREA: *El dinero*, cit., pág. 96, últimamente, autor que en pág. 113 concluye en el sentido señalado en el texto; acerca de la naturaleza jurídica del dinero como entidad abstracta son de destacar, en la doctrina italiana menos reciente,

económico, son las de servir, en cuanto unidad de medida de valor, como un módulo para establecer el valor de las cosas, bienes o servicios y como instrumento de intercambio de tales objetos, lo que destaca la posibilidad de adquisición que el dinero confiere a su titular (22). Desde el punto de vista jurídico, las funciones del dinero son múltiples y variadas. Las principales de estas funciones son las de ser precio en el contrato de compraventa, renta en el de arrendamiento de cosas, capital en el de sociedad, retribución o salario en el de trabajo, objeto de la prestación en el de préstamo-mutuo y *quantum* en los supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, de gastos y mejoras y de intereses, lo mismo que puede ser objeto de propiedad, posesión, reivindicación o de un *ius in re aliena*, por limitarnos al campo del Derecho patrimonial (23). En nuestro Derecho, el dinero es, pues, un medio universal y forzoso de pago, forma en que lo contempla el artículo 1.170, y es, también, una cosa, la que reviste ciertas características especiales que le dan una fisonomía propia y, de algún modo, privilegiada. En este sentido, se trata de una cosa mueble que ha sido caracterizada, entre nosotros, por una «genericidad absoluta», atendida su naturaleza homogénea e indestructible; por una «ultrafungibilidad», la que se suprime por medio de la llamada cláusula en efectivo y se limita por la existencia de un pacto especial sobre la moneda *in obligatione* o, simplemente, *in solutione*; por una fácil convertibilidad en otra especie monetaria atendida su liquidez; por una consumibilidad concretada en gastos; por una divisibilidad abstracta; por ser equivalente en valor de otras cosas, bienes y servicios; por ser fructífera en el sentido de generar futos civiles de

LOJACONO: *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955, págs. 146 y siguientes, y MOSCO: *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1958, página 30 especialmente; en la doctrina alemana, aparte de las obras generales, KASER: «Das Geld im Sachenrecht», en *ACP*, 1937, págs. 1 y ss., y WIEACKER: *Zum System des deutschen Vermögensrechts*, Leipzig, 1941.

(22) Incluso se ha pensado, un tanto exageradamente, que el dinero es una pura función que no requiere sustancia material alguna; así, SIMITIS: «Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung der Geldes», en *ACP*, 1961, págs. 431 y ss. En cuanto a la capacidad de compra que el dinero confiere a quien lo posee, la han subrayado, entre nosotros, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 171-172, y DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 449.

(23) BONET CORREA: *El dinero*, cit., págs. 117-121, que ha examinado monográficamente el punto, ha encontrado cerca de una centena de acepciones en el Código Civil referidas directa o indirectamente al dinero, todas las que son reconducibles, a nuestro juicio, a las funciones jurídicas típicas mencionadas en el texto; es acertado reafirmar que la *sedes materiae* del dinero está en la Parte general del Derecho civil, como señala el autor citado en la *op. cit.*, págs. 103 y 143; aunque se ha discutido si el dinero es una cosa o un valor, tiene razón este autor cuando afirma, en pág. 111, que se trata, en rigor, de un bien; para este punto, *vid.* FALCKE: *Geld. Wert oder Sache?*, Diss., Münster, 1958, citado en la *op. cit.*, página 112, nota 81.

índole diversa, puesta en circulación en el mercado (24). Lo que interesa a nuestro propósito, es destacar que el dinero puede ser materia de la prestación en el campo del Derecho de obligaciones y que, si bien puede ser utilizado como un módulo objetivo para la determinación cuantitativa de la prestación genérica, no da necesariamente a la relación obligatoria esta naturaleza jurídica, sino que, antes bien, la individualiza como una obligación pecuniaria, aun cuando ésta pueda presentar modalidades distintas, como veremos, según la forma en que intervenga el dinero en el objeto de la prestación (25).

Por último, es de señalar que suele la doctrina predicar ciertos atributos del dinero que, tomados de la ciencia económica, presentan relevancia jurídica por lo que se refiere a su curso y a su valor. En relación con el curso del dinero, se acostumbra distinguir el curso legal, el curso forzoso y el curso fiduciario, en tanto que respecto de su valor, el valor intrínseco, el valor nominal y el valor real, comercial o de tráfico. Curso legal tiene el dinero que ha sido proclamado como dinero oficial por el sistema monetario, con pleno poder liberatorio en el área territorial regida por el mismo; referido a los billetes, significa convertibilidad facultativa. Curso forzoso y obligatorio tiene el dinero, en cambio, cuando debe ser utilizado necesariamente como medio de pago en el área regida por el sistema monetario sin que el *accipiens* tenga la posibilidad legal de rechazarlo, bajo amenaza de caer en mora; referido a los billetes, supone inconvertibilidad. Curso fiduciario, en fin, es el que tiene el dinero bancario o de giro en cuanto circula basado en la simple *fiducia* o confianza por quien lo recibe, la que se basa, justamente, en su plena convertibilidad en el dinero de curso legal o de curso forzoso. En nuestro Derecho, pues, la peseta, bien en monedas, bien en billetes, tiene curso legal y forzoso, mientras que el dinero bancario, sólo lo tiene fiduciario. Valor intrínseco del dinero es el que corresponde al material de que están hechas las unidades del sistema monetario, tanto metálico, noble o menos noble, como papel. Valor nominal, legal o extrínseco, a su vez, es el declarado oficialmente para cada una de las unidades del sistema monetario. Valor real del dinero es, por último, el que le corresponde con arreglo al poder adquisitivo o de compra de la moneda o, en otro orden de cosas, valor

(24) Para estas características, BONET CORREA: *El dinero*, cit., págs. 124 y siguientes ampliamente, con referencias a los problemas que cada una suscita y a la literatura patria y extranjera; de interés especial para este punto son las observaciones de Mosco, *op. cit.*, págs. 7 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, página 226, y el resumen de CASTÁN-DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 609-612; también HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 173-174.

(25) Aspecto que ha puesto de relieve principalmente ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., pág. 20; acerca de la determinación genérica de la prestación y su problemática nos permitimos remitir a nuestro estudio «Obligaciones genéricas», en *NET*, XVII, Barcelona, 1980.

comercial o de tráfico es el que resulta de las transacciones mercantiles, nacionales e internacionales (26). En realidad, cada uno de estos valores está referido a objetos o conceptos diferentes, pues, mientras el valor intrínseco alude al valor de la especie monetaria considerada en sí misma, el valor nominal se refiere al dinero en sentido técnico, en tanto que el valor real está referido a una magnitud de poder económico que es medida y expresada en términos monetarios, lo que importa señalar al objeto de subdistinguir las tres figuras típicas que comprende el *genus* de las obligaciones pecuniarias, según veremos más adelante. Desde otro punto de vista, se ha observado que existe una correlación histórica entre cada uno de estos tres valores y las teorías monetarias; así, mientras la concepción metalista está referida al valor intrínseco de la moneda, la concepción nominalista, en cambio, implica la idea del valor legal, y la concepción valorista alude, modernamente, al valor real del dinero (27).

3. En efecto, «para los autores metalistas—se ha escrito entre nosotros—, la moneda resulta una mercancía como cualquiera otra, por lo que su valor radica en la materia de que está compuesta, resultando que sus funciones de medida de valor y medio general de cambio responden como consecuencia de la idoneidad del metal que la integra, de su aspecto cualitativo, independientemente del valor atribuido por la autoridad que la puso en circulación» (28); por ejemplo, ACURSIO consideraba que *primo ex substantia, quia tantum valet unus nummus quantum argenti tantundem in massa* (29). Vemos, pues, que esta concepción toma por base el valor intrínseco de la moneda, de forma que los actos de circulación del dinero son verdaderos actos de trueque del metal acuñado por mercancías; es comprensible, por tanto, que con el desarrollo del mercantilismo y del capitalismo modernos, haya quedado desplazada por la

(26) Se trata de conceptos convencionales sobre los que existe acuerdo en las opiniones; para una buena síntesis, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 180-183; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 450, y ESPÍN, *op. cit.*, págs. 65-66.

(27) Subrayan este aspecto HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 180-183 y 341-342, y ESPÍN, *op. cit.*, pág. 66.

(28) Punto que ha examinado en nuestra literatura reciente el propio BONET CORREA: *Metalismo*, cit., págs. 11 y ss., en forma bastante documentada y extensa, de quien tomamos, pág. 22, la frase transcrita en el texto; para un cuadro esquemático de las distintas teorías monetarias, *vid.* del mismo autor *Problemática*, citado, especialmente págs. 207 y ss. Seguimos a este autor, pues, en la exposición de este punto.

(29) Según refiere BONET CORREA: *Metalismo*, cit., pág. 23, nota 30, de acuerdo con *Corpus iuris civilis commentariis*, Lyon, 1318, sin dar otra indicación; para la evolución dogmática de las obligaciones pecuniarias en el Derecho intermedio presentan singular interés las obras de BUSSI: *La formazione dei dogmi di diritto privato (Diritti reali e diritti di obbligazioni)*, Padova, 1937, págs. 191 y ss., en tema de daños, dinero e intereses, y, en general, GROSSI: *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nell diritto commune*, Milano, 1960, *passim*.

teoría monetaria nominalista, cuyas primeras manifestaciones aparecen en la polémica noción de *moneta imaginaria*, elaborada por los humanistas franceses; con todo, presenta esta concepción un nexo de continuidad con la teoría valorista, que concibe «la moneda como un bien económico-jurídico que es portador de un valor adquisitivo» (30).

Por el contrario, la teoría nominalista descansa en el valor legal del dinero, de forma que su postulado fundamental se puede expresar simbólicamente: peseta = peseta; se infiere de esto, la regla según la cual el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias puede y debe ser llevado a cabo por el deudor entregando al acreedor la misma suma de dinero preestablecida en el título constitutivo de la relación obligatoria, con independencia del valor intrínseco y del valor real de la cantidad de dinero debida, y de sus oscilaciones (31). Prevalece en la doctrina moderna, sin embargo, una versión atenuada de la misma según la que se entiende, de una parte, que por el hecho de no estar formulado el principio nominalista de forma expresa en la mayoría de los Derechos positivos, presenta éste el carácter de un simple criterio interpretativo que carece de imperatividad; de otra parte, que el principio nominalista es derogable, o modificable, por lo menos, por la autonomía privada por medio de la estipulación de cláusulas de estabilización y, en particular, de las llamadas cláusulas de escala móvil o de números índices; en fin, que este principio rige exclusivamente en las obligaciones de suma de dinero en sentido estricto, pero no en las otras modalidades que pueden adoptar las obligaciones pecuniarias y, singularmente, en las llamadas deudas de valor (32).

Finalmente, «el valorismo monetario, que nace como una reacción al nominalismo dinerario—se ha dicho—, despliega su efectividad en base al principio general concretado en el ‘valor real’ del dinero, es decir, el que adquiere en el tráfico, por lo que se contrapone a aquel valor nominal fijo, impuesto, estático y ficticio, vulnerable a las alteraciones» (33);

(30) Según cabe inferir del fragmento transcrito que pertenece a BONET CORREA: *Metalismo*, cit., pág. 31; acerca de la *moneta imaginaria*, vid. especialmente ASCARELLI: *La moneta*, cit., págs. 30 y ss., y *Obbligazioni pecuniarie*, cit., pág. 106 y ss., con referencias abundantes.

(31) Para una síntesis, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 341-342; Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 453-454; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 68. Con todo, ha destacado ASCARELLI: *La moneta*, cit., pág. 142, que la insensibilidad del valor legal de la moneda ante las oscilaciones de su valor real no se debe al principio nominalista *per se*, sino a la disciplina del pago de las obligaciones pecuniarias.

(32) Expone la teoría monetaria nominalista BONET CORREA: *Metalismo*, cit., págs. 31 y ss., ampliamente; a la versión atenuada alude especialmente en páginas 50 y ss., con referencias abundantes.

(33) La teoría valorista es desenvuelta, asimismo, por BONET CORREA: *Metalismo*, cit., págs. 65 y ss., de donde tomamos, pág. 69, la frase transcrita en el texto y allí referencias a la literatura especializada.

se trata, pues, de mantener inalterada la equivalencia inicial de las prestaciones hasta el momento en que el pago se efectúa para lo que se acude al concepto de valor real, medido por una determinada magnitud de poder de adquisición, que es, en rigor, particularmente sensible, y vulnerable, por tanto, a las variaciones que experimente el valor del dinero en el mercado de, forma que la cantidad debida por el deudor cambia automáticamente con arreglo a tales variaciones. La principal expresión técnica de esta concepción es la categoría de las deudas de valor que, según veremos más adelante, ha sido aceptada por un sector importante de la doctrina como un correctivo dogmático de los problemas inherentes a la desvalorización del dinero, incluso en el marco de los sistemas regidos por el principio nominalista (34).

Es apenas del caso recordar que no existe en nuestro Código Civil una declaración formal y expresa en el sentido de adoptar una determinada teoría monetaria, si bien el contexto histórico—manifestado, por ejemplo, en la Ley Bancaria de 1856 y en la Ley Monetaria de 1864—y el Derecho comparado han hecho pensar a la casi totalidad de los autores, salvo alguna opinión aislada, que el Código se inspira y acoge el principio nominalista (35); aunque el artículo 1.170 no lo proclama explícitamente, se ha demostrado que el nominalismo está presupuesto en el citado precepto, del mismo modo como lo hace la expresión «otro tanto» que emplea el artículo 1.753, relativo al préstamo de dinero o de otras cosas fungibles, y lo explicita tanto la regla como la excepción que contempla el artículo 312 del Código de Comercio, aparte del argumento negativo de que no es posible demostrar que el Código haya adoptado una teoría monetaria diversa (36); no es de compartir, por consiguiente, la opinión según la cual, «en realidad, el Código Civil español no acogió el prin-

(34) Con todo, no se puede olvidar que la tesis valorista ha sido calificada en la doctrina italiana de ideológica ya por ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, citado, pág. 154, lo que parece aceptar, últimamente, QUADRI: «Svalutazione monetaria e principio nominalistico», en *RDC*, II, 1975, pág. 374.

(35) Así lo entienden casi todos nuestros autores; por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, pág. 229; OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho Civil*, Granada, 1956, págs. 69 y ss., sobre todo después de los estudios que mencionaremos en la nota siguiente; por todos, Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 456-457. Es de señalar que una orientación similar se aprecia en el Derecho comparado, con excepción del artículo 1.277 del *Codice civile* de 1942, que consagra expresamente el nominalismo; en el Derecho francés, si bien éste parece estar implícito en el artículo 1.895 del *Code*, ha sido confirmado por la Ley de 1958, como lo ponen de relieve, entre otros, MARTY-RAYNAUD: *Droit Civil*, II-1, París, 1962, págs. 606 y ss., ampliamente; lo mismo que el par. 607, *BGB*, y la *Währungsgesetz*, acerca de la cual *vid.* DUBEN: «Regole giuridiche sul valore valutario», en *NRDC*, 1953, páginas 606 y ss., y FÖGEN: *Geld - und Währungsrecht*, München, 1969, especialmente págs. 54 y ss.

(36) Esto ha sido demostrado de forma definitiva por GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, págs. 79 y ss., y por HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 348 y siguientes, a cuyos argumentos nos remitimos.

cipio nominalista», y nos parece dudosa, cuando menos, la interpretación del artículo 1.170, apartado primero, en el sentido de entender tal principio como un simple criterio interpretativo «acogido implícitamente como norma facultativa para el pago de las deudas de dinero (...) opcionalmente excepcionable por las partes en sus negocios jurídicos» (37), pues, aunque es cierto que el nominalismo no es en nuestro Derecho un principio de orden público que impida a la autonomía privada su modificación, como estima la mayoría de los autores (38), la interpretación a que nos estamos refiriendo no parece compatible, de una parte, con la disciplina del pago de las obligaciones pecuniarias, de conformidad con la que el precepto debe entenderse en conexión con los artículos 1.157, 1.166, apartado primero, y 1.169, apartado primero, y, de otra parte, con el sistema monetario español que hemos descrito en el que está inmersa, por supuesto, la norma del artículo 1.170 del Código Civil. Antes bien, aunque esta disposición establece, como sabemos, una preferencia a favor de la «especie pactada», la que puede ser sustituida por la moneda «que tenga curso legal en España», la sustitución sólo puede ser llevada a cabo cuando se presenten ciertos supuestos de imposibilidad objetiva, y no por el arbitrio de una de las partes, lo que sería posible si el precepto estableciera una *facultas solutionis* con carácter general en beneficio del deudor, la que es admisible únicamente para muy limitados supuestos de obligaciones contraídas en moneda extranjera, según veremos en su momento (39); en rigor, pues, el Código Civil consagra el principio nominalista con carácter subsidiario (40), en una norma de Derecho dispositivo que, si bien es susceptible de ser modificada por la autonomía privada, no da lugar a un derecho potestativo de optar entre la «especie pactada» y la moneda de curso legal, sino en los casos de objetiva imposibilidad como opina en otro contexto, por lo demás, el propio autor a cuya interpretación del artículo 1.170, apartado primero, venimos aludiendo (41). Y a esto hay que agregar que la preferencia que esta norma

(37) Así, literalmente, BONET CORREA: *El dinero*, cit., pág. 92, y *Metalismo*, citado, pág. 65.

(38) En tal sentido, en relación con el problema de la admisibilidad de las cláusulas de revalorización, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 325; ALBALADEJO: *Derecho Civil*, II-1, 1.ª ed., Barcelona, 1970, pág. 44; SANTOS BRIZ: *Derecho Civil*, III, Madrid, 1973, págs. 77 y ss.; COSSIO: *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1975, páginas 229 y ss.; ESPÍN, *op. cit.*, págs. 69 y ss.; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, páginas 365 y ss., coincidentes; también las sentencias de 31-10-1962, 22-11-1966 y 27-5-1967, entre otras.

(39) Por ahora, *vid.* DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 468-469 y 471.

(40) Como lo observa LACRUZ, *op. cit.*, pág. 54, con toda razón.

(41) Aunque volveremos sobre esto, *infra*, *vid.*, de momento, BONET CORREA: *Las cuestiones interpretativas*, cit., pág. 1104, y, en general, «Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa», en ADC, 1971, págs. 149 y ss., especialmente págs. 186-187; para la estructura típica de las obligaciones facultativas

establece a favor de la «especie pactada» es coherente, también, con el principio nominalista.

4. Como lo hemos anticipado, la relación obligatoria pecuniaria puede adoptar modalidades diversas según la configuración que las partes hayan dado a la integración del dinero en el objeto de la prestación, a saber: deuda de moneda, deuda de dinero y deuda de valor.

La primera hipótesis, que nuestra doctrina denomina deuda de especie monetaria, se presenta cuando las partes han determinado las piezas monetarias debidas, caso en el que la obligación debe «entenderse dirigida a la búsqueda y recolección de esa especie monetaria»; por ejemplo, moneda fraccionaria para cambios; monedas como objeto del tráfico entre coleccionistas; monedas como objeto de compraventa o como dato *ad pompan*; monedas como especie pactada *in solutione* (42). Importa señalar que en este caso la obligación no constituye, realmente, un supuesto típico de obligación pecuniaria, sino una deuda ordinaria de cosas que ha de regirse por las reglas generales de las obligaciones específicas o genéricas, según la determinación individualizada o genérica que las partes hayan establecido en el título constitutivo de la obligación, o bien de las obligaciones alternativas o facultativas de conformidad con el número de especies acordado y con la existencia o modalidades previstas para el ejercicio de la opción entre éstas (43).

La segunda especie, llamada también deuda de suma o cantidad de dinero, existe cuando éste integra la prestación en su sentido propio de

nos remitimos a lo que hemos expuesto en nuestro estudio «Obligaciones facultativas», en *NEJ*, XVII, Barcelona, 1980.

(42) Así, LACRUZ, *op. cit.*, pág. 50; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 187, y Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 451. Advierte BONET CORREA: *Problemática*, cit., pág. 199, que la estructura típica de la obligación pecuniaria en general es insensible ante la intervención del dinero como equivalente de la prestación debida, pues en este caso el dinero sólo es objeto indirecto o mediato de la misma; antes bien, requiere que el dinero constituya el objeto directo e inmediato de la prestación, lo cual, si bien es cierto, presenta el inconveniente de la relatividad y ambigüedad inherente a tal criterio de distinción.

(43) Algún autor, como CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 68, entiende que la distinción entre obligación específica y genérica en este caso depende de si se han individualizado o no las piezas monetarias debidas, y en el mismo sentido ESPÍN, *op. cit.*, pág. 67, habla de deuda monetaria y de deuda de especie monetaria, respectivamente, lo que admite, entre otros, PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 325-326; pero, en rigor, la primera no exige la individualización de la o las especies debidas, sino que es bastante la determinación del signo monetario, clase o categoría de monedas estipuladas, pues su esencia radica, en los términos del artículo 1.170 del Código Civil, en la «especie pactada»; a su vez, la simple especificación de ésta, sin determinación de la cantidad o de las piezas debidas, no da a la obligación la naturaleza jurídica de obligación genérica, la que depende, en último término, de la voluntad de las partes exteriorizada en la configuración concreta de la prestación; para este punto nos permitimos remitir a nuestro estudio «Obligaciones específicas», en *NEJ*, XVII, Barcelona, 1980.

medio de cambio y de pago, de forma que está, según la configuración de la prestación acordada por las partes, tanto *in obligatione* como *in solutione*, diríamos empleando la terminología tradicional; se ha observado a este respecto que el dinero es parte integrante de la prestación cuando en el título constitutivo de la obligación se ha establecido la cantidad numérica de unidades del sistema monetario, con la curiosa y acertada consecuencia de que «sin nominalismo no cabe, en sentido pleno, la deuda de cantidad» y de que «los signos, piezas o medios solutorios son indiferentes, desde el punto de vista de la obligación, con tal que posean valor o curso legal» (44). Se trata, pues, de una obligación cuya prestación está determinada en su cantidad de forma numérica y exacta, determinación que utiliza como punto de referencia objetivo una suma de dinero, expresada, a su vez, por medio de un número cierto de unidades del sistema monetario; en otras palabras, se ha escrito entre nosotros, que «recibe el nombre de deuda u obligación pecuniaria aquélla en que la prestación se compone de una suma de dinero, sin consideración a una moneda determinada, ni aun siquiera a especie monetaria alguna, que es equivalente o múltiplo de una unidad ideal y que se entrega en contraprestación de otra cosa (o también dinero), de una obra o de un servicio», figura que, en rigor, se corresponde más bien con la hipótesis de deuda de dinero en sentido técnico que estamos examinando (45). A esta clase de obligación pecuniaria se comunican, en principio, los caracteres propios del dinero, que conocemos, con las siguientes matizaciones. De una parte, a pesar de la generalidad del concepto transcrito, la fungibilidad del dinero debe entenderse referida normalmente a las unidades provistas de curso legal según el sistema monetario vigente, y por su valor nominal; por el contrario, la existencia de un pacto que altere alguno de estos dos elementos desnaturaliza la obligación de dinero y la transforma, según la naturaleza del pacto de que se trate, en una obligación monetaria; pero no en una deuda de valor, de conformidad con la doctrina sobre las cláusulas de estabilización a que nos referiremos brevemente más adelante. De otra parte, la genericidad del dinero no da carácter genérico a la obligación dineraria, como sabemos, por razones de índole diversa. En primer lugar, porque en esta categoría de obligaciones la prestación se presenta totalmente determinada por el juego de la cantidad y del sistema monetario; en segundo lugar, porque no es aplicable a esta clase de obligaciones la regla de la calidad media que para las obligaciones genéricas recoge el artículo 1.167 del Código Civil; en tercer lugar, en fin, porque la obligación de dinero no admite una individualización

(44) Opinan con razón en este sentido HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 189, y Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 451.

(45) Así, literalmente, BONET CORREA: *Problemática*, cit., pág. 200.

de los bienes objeto del pago con anterioridad a éste ya que se confunde con la consignación (46). Esto explica que tampoco sea aplicable a las obligaciones de dinero la liberación del deudor por imposibilidad sobrevenida de la prestación, pues el dinero *nunquam perit*, ya que la imposibilidad subjetiva es irrelevante y la objetiva, que se produce en los supuestos de prohibición o de retiro de la circulación de alguna especie monetaria, se resuelve por las normas de transición que prevén la conversión de la unidad monetaria afectada por tales medidas en la nueva (47). Finalmente, es de señalar que esta clase de obligación pecuniaria es una obligación líquida, cuyo pago admite fraccionamiento de acuerdo con la norma del artículo 1.169, apartado segundo, y es susceptible de ser extinguida, por esto mismo, por compensación y por cesión de bienes, con arreglo a los artículos 1.196, número 4, y 1.175; en otro orden de cosas, estas obligaciones de dinero dan lugar a la obligación de intereses conforme con lo que dispone el artículo 1.108 y son las únicas obligaciones pecuniarias cuyo pago se rige íntegramente por el principio nominalista que, como vimos, contempla el artículo 1.170, apartado primero. Digamos, por último, que los supuestos concretos más frecuentes de obligación pura de dinero son los contratos de mutuo, compraventa con precio aplazado o con pacto de retro, ejecución de obra o de suministro, arrendamientos de cosas, renta vitalicia y constitutivos de censos, contratos en los que el dinero es parte integrante de la prestación constitutiva de entrega o de la prestación extintiva de restitución y en los que la relación jurídica presenta una permanencia en el tiempo más o menos prolongada, lo que la hace vulnerable a los fenómenos de desvalorización monetaria (48). Pero en todos estos casos la prestación consiste en una cosa, que es la suma o cantidad de dinero debida, y no en un valor; no es exacta, por consiguiente, la idea que un sector importante de nuestra doctrina ha difundido, siguiendo a los autores alemanes, según la cual lo debido en las deudas pecuniarias es «el valor de la cantidad debida», de forma que el deudor cumple su deber de prestación entregando «una cantidad de dinero suficiente para satisfacer el valor de la

(46) Para estos argumentos, y otros similares, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, páginas 189-190, y CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 163; LARENZ, *op. cit.*, página 179, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 327; en fin, LACRUZ, *op. cit.*, pág. 51, respectivamente.

(47) Así, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, pág. 225; para la distinción entre la imposibilidad subjetiva y objetiva, y la irrelevancia a este respecto de la primera, y la consiguiente relevancia jurídica exclusiva de la segunda, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 413 y 415, y Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 455.

(48) Examina estos supuestos desde una perspectiva próxima a la tesis valorista, de suyo discutible, BONET CORREA: *Problemática*, cit., págs. 207 y ss., tendencia que ha rectificado, en parte, en *Metalismo*, cit., págs. 76 y ss.

cantidad prometida» (49), pues, esta idea es aplicable solamente a las deudas de valor, pero no es válida para las deudas de suma o cantidad de dinero las que se cumplen, con arreglo al principio nominalista, entregando el número de unidades monetarias debido y conforme al valor nominal o legal de las mismas (50).

En efecto, es en el marco de la tradición valorista germana, que arranca desde SAVIGNY (51), que la doctrina ha intentado construir una tercera categoría de obligaciones pecuniarias, las llamadas deudas de valor, precisamente, con la finalidad confesada de sustraerlas del campo de actuación del principio nominalista, si bien son perfectamente compatibles con él; su estudio debe hacerse, pues, junto a las otras técnicas enderezadas a corregir los efectos que la aplicación de tal principio produce. Con todo, es de señalar que la esencia de esta categoría radica en la función de medida abstracta de valor que, como vimos, desempeña el dinero, el cual integra asimismo la prestación, pero no es buscado por las partes en cuanto tal, sino como un índice del valor debido, índice de una determinada magnitud de poder adquisitivo, que el acreedor tiene derecho a que ingrese completa en su patrimonio, luego de la liquidación; de aquí que el supuesto más característico de deuda de valor sea el de la indemnización de daños y perjuicios, aparte de otros que discutiremos brevemente en el momento oportuno (52). En embargo, en la hipótesis

(49) Por todos, en el primer sentido, CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, página 68, cuando afirma que la deuda de suma o cantidad de dinero es una «verdadera y propia *deuda pecuniaria*, que es pura y exclusivamente *deuda de valor*, porque sólo tiene por objeto el valor de la cantidad debida», y añade: «Pero más estrictamente la deuda pecuniaria es, como la conceptúan los más modernos expositores, una *deuda de valor legal*, en el sentido de valor legal o nominal, no efectivo o real», con lo que corrige la primera afirmación, que concuerda con un sector importante de la doctrina alemana, siempre favorable a la tesis valorista; así, ENNECERUS-LEHMANN: *Derecho de Obligaciones*, I, trad. y notas por PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, 2.ª ed. esp. cuidada por PUIG BRUTAU, Barcelona, 1954, pág. 36; anteriormente, véase TUHR: *Tratado de las Obligaciones*, I, trad. y notas por ROCES, Madrid, 1934, pág. 44, y últimamente LARENZ, *op. cit.*, pág. 179. Por el contrario, en el segundo sentido señalado en el texto, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 456, apartándose del mismo; *vid.*, sin embargo, la *op. cit.*, págs. 451-452, en que parece aceptar la opinión tradicional.

(50) En este mismo sentido, el propio CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, página 68, como vimos en la nota anterior, sin matizar, en cambio, en pág. 163; igualmente, GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1940, pág. 230, según advierte ESPÍN, *op. cit.*, pág. 67. Con todo, distingue netamente la deuda de dinero y la deuda de valor HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 190, en base a la naturaleza diversa de la prestación en una y otra; menos claro BONET CORREA: *Meta-lismo*, cit., págs. 78 y 79, últimamente. Esto no obstante, hay que señalar que la mayoría de nuestros autores admite que las deudas de valor constituyen una categoría autónoma que no se confunde con las deudas de dinero, como veremos en seguida.

(51) *Vid.* SAVIGNY: *Obligationenrecht*, I, Berlín, 1851, pág. 432.

(52) De momento, entre las obras generales, *vid.* PUIG BRUTAU, *op. cit.*, páginas 326-327; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 201 y ss.; ALBALADEJO, *op. cit.*, pá-

que examinamos el dinero no es ajeno al contenido de la relación obligatoria, sino que está, como se ha dicho gráficamente, *in prestatione* y, a pesar de presentar un *quantum* variable, precisamente con él ha de hacerse el pago (53); en esta hipótesis es cierto que lo debido no son cosas, y ni siquiera dinero, sino un valor destinado a entrar en el patrimonio del acreedor en su integridad al momento del pago, el cual se expresa en términos monetarios solamente a efectos liquidatorios y contables (54). Por no tratarse, pues, de una deuda de dinero la cuantía del valor debido oscila de conformidad con las variaciones que experimente el valor del dinero en el mercado, sin sujeción al valor nominal del mismo (55). En rigor, la deuda de valor es una obligación pecuniaria solamente *per relationem* entre el valor que constituye el objeto de la prestación y la suma de dinero por medio de la que éste se expresa.

Así, pues, en el *genus* de las obligaciones pecuniarias caben tres especies de obligación que presentan una fisonomía propia: las deudas de moneda, las deudas de dinero y las deudas de valor; pero solamente las deudas de suma o cantidad de dinero son obligaciones pecuniarias en sentido propio, al lado de las cuales se sitúan las otras dos figuras marginales, con la importante consecuencia práctica de que el régimen jurídico especial de las obligaciones pecuniarias se aplica únicamente a los supuestos que tienen su encaje en el esquema típico de las deudas de cantidad o suma de dinero que, para simplificar, hemos denominado deudas de dinero. Referidas solamente a éstas debemos entender, por consiguiente, la norma que establece la irrepitibilidad del pago que se ha hecho en dinero cuando se ha gastado o consumido de buena fe por el *accipiens*, aun cuando el *solvens* carezca de capacidad o poder de disposición sobre el dinero con el que ha efectuado el pago (56); lo mismo que las normas por virtud de las cuales, en los casos de nulidad, rescisión o resolución, la restitución del precio o contraprestación o el pago de la respectiva indemnización de daños y perjuicios ha de hacerse por la entrega de una determinada cantidad de dinero (57); así como la relativa a la compen-

gina 42; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 68; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 452 y 457-459; LACRUZ, *op. cit.*, págs. 52-53.

(53) Así, BONET CORREA: *Metalismo*, cit., págs. 78 y 79.

(54) En general, ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 172-173, 442 y 449-450; en nuestra doctrina, CAUSSE: «Desvalorización y derecho monetario», en *RGLJ*, 1979, págs. 424-426 y 439-441 últimamente, por referencia al Derecho argentino.

(55) Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la categoría ha sido sometida a revisión por la doctrina, sobre todo italiana, más reciente, como veremos en el número 7 *infra*, según lo pone de relieve QUADRI, *op. cit.*, págs. 375 y ss. especialmente.

(56) Cfr. artículo 1.160 del Código Civil.

(57) Cfr. artículos 1.303, 1.295 y 1.124 del Código Civil.

sación legal (58) y la concerniente, en fase de ejecución forzosa, al procedimiento privilegiado de ejecución singular que es el juicio ejecutivo (59). Pero no son especialidades del régimen jurídico de las obligaciones de dinero en nuestro Derecho positivo, a diferencia de otros, las relativas al lugar de cumplimiento de la obligación, a la reivindicabilidad de las especies monetarias y a la comunidad que se forma por el hecho de mezclarse dinero amonedado perteneciente a distintos dueños por voluntad de uno de ellos o por simple casualidad, pues en todos estos casos la deuda de dinero se rige por las reglas generales y se aplican a éste las mismas normas que a las demás cosas muebles (60). Antes bien, especialidades importantes en el régimen jurídico de las obligaciones de dinero encontramos en tema de pago, recibo y mora.

5. En cuanto al pago de las deudas de dinero, cabe inferir del artículo 1.170, apartado primero, la existencia de dos reglas, una relativa a la cantidad y otra relativa a la calidad (61). La cantidad se rige, como sabemos, por la regla derivada del principio nominalista que está implícito en el precepto según la cual, dado que la prestación consiste en una suma de dinero, el deudor se libera, y el interés del acreedor se satisface, por la entrega de la cantidad preestablecida de unidades del sistema monetario al que las partes han hecho referencia, y por el valor nominal de las mismas, aunque, en realidad, según se ha observado con razón, «cuenta aquí la igualdad matemática», más que el valor legal (62); de forma que «cualesquiera que puedan haber sido las fluctuaciones o los cambios de valor que tales monedas o el poder adquisitivo de las mismas hayan experimentado con posterioridad al momento constitutivo de la obligación», el pago ha de realizarse por la entrega del número de monedas acordado (63). Por lo que se refiere a la calidad, la propia norma establece que ésta consiste en la especie pactada, como sabemos, y en defecto de la cual, en la moneda «que tenga curso legal en España», dice lite-

(58) Cfr. artículo 1.196.2 del Código Civil.

(59) Cfr. artículo 1.435.1 y 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(60) Como bien lo advierte BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, páginas 227-228, en relación con los artículos 1.171, 464 y 381 del Código Civil.

(61) Distinción que establecen MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, pág. 607, por referencia al Derecho francés y que es aplicable, a nuestro modo de ver, en el nuestro.

(62) Así, literalmente, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 341, quien agrega la siguiente observación: «Todo el curso de la vida de la obligación queda inserto en el principio nominalista. La cantidad con que es enunciada la deuda expresa invariablemente el contenido de la prestación»; lo mismo que señala LACRUZ, *op. cit.*, página 52, cuando dice que el pago debe hacerse con las monedas acordadas «aunque el poder adquisitivo de éstas fluctúe»; asimismo, CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 365, y ESPÍN, *op. cit.*, pág. 68.

(63) Observación de la que DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 457, infiere con razón que, en este caso, «la desvalorización es soportada por el acreedor. Por el contrario—añade—, una revalorización le beneficiaría».

ralmente el precepto; se ha escrito a este respecto con acierto que «si se ha estipulado que una deuda pecuniaria sea satisfecha en una determinada especie, esta determinación de especie ha de considerarse como un convenio accesorio, pues a esta conclusión conduce el artículo 1.170 al autorizar que, en casos de imposibilidad de cumplir con la especie pactada, pueda pagarse en moneda de plata u oro que tenga curso legal en España», pacto accesorio que, se ha observado, no es más que una modalidad especial referida al momento solutorio de la relación obligatoria, pues de otro modo la deuda sería de especie monetaria, y, en otro orden de cosas, puede recaer lo mismo sobre especies monetarias provistas de curso legal que sobre especies monetarias carentes de él (64).

Sin embargo, a pesar de la aparente claridad de estas dos reglas, la norma del artículo 1.170, apartado primero, ha suscitado abundantes problemas de interpretación. En primer término, hay que recordar aquí que, por la preferencia que la norma determina a favor de la especie pactada, la moneda de curso legal parece como facultativa, aun cuando, como sabemos, es, en realidad, un medio general de pago subsidiario de la anterior (65); en segundo término, y en conexión con esto, la norma no se refiere exclusivamente a las deudas de moneda o de especie monetaria, sino, según hemos visto, a las deudas de suma o cantidad de dinero, aun cuando pueda extenderse por analogía a todas las obligaciones pecuniarias y en especial, con las matizaciones del caso, al pago de las deudas de valor (66); en tercer término, las monedas de curso legal deben entenderse referidas a las que, con arreglo al sistema monetario que hemos expuesto, tienen dicho curso en la actualidad, de forma que el precepto resulta modificado en este punto tácitamente, a lo que no se opone la acuñación ocasional de monedas de oro o plata ni la estipulación de las llamadas cláusulas oro, por cuanto la jurisprudencia, según veremos, admite su validez al asimilarlas a las cláusulas valor oro (67); en cuarto

(64) Para esto, PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, *Nota*, en ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, pág. 39; DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 451, y ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 42-43, nota 49, respectivamente.

(65) Hay que señalar que el supuesto carácter facultativo de la norma del artículo 1.170, 1, del Código Civil, que rechazamos, resulta favorecido por la preferencia que da a la autonomía privada para establecer la «especie pactada», como lo han puesto de relieve SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1899, pág. 266, y MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, VIII-1, 6.ª edición revisada por MORENO MACHOLI, Madrid, 1967, págs. 655 y 657.

(66) En el sentido criticado, GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., pág. 81; como en el texto, en cambio, BONET CORREA: *Las cuestiones interpretativas*, cit., página 1096.

(67) La generalidad de los autores entiende derogado tácita u orgánicamente el artículo 1.170, 1, del Código Civil en este aspecto; así, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, página 186; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 364; LACRUZ, *op. cit.*, pág. 51, por todos. La existencia ocasional de monedas de oro o plata no altera esta situación, como parece dar a entender el propio BONET: *Las cuestiones interpretativas*,

término, se ha discutido si la expresión «especie pactada» comprende a las monedas extranjeras o si está referida solamente a las antiguas especies metálicas del sistema monetario español, como parece indicar el texto y el comentario del artículo 1.096 del Proyecto de 1851, si bien la jurisprudencia se ha inclinado a favor de la primera interpretación comprensiva de las especies monetarias mencionadas (68); en quinto lugar, se ha discutido, asimismo, la naturaleza de la imposibilidad de cumplir con la especie pactada que contempla el artículo 1.170 que comentamos. Antes hemos excluido, por el carácter genérico del dinero, la llamada imposibilidad subjetiva y la objetiva se presenta, como se ha señalado acertadamente, en los tres supuestos siguientes: falta material de la especie acordada; retirada de circulación de la misma por disposición legal y sujeción de la moneda pactada a un régimen de orden público tendente al control de su titularidad y circulación, singularmente, si se trata de divisas, ante cualquiera de los cuales cabe la conversión de la especie pactada en la de curso legal (69). No hay, pues, una *facultas solutionis* reconocida con carácter general a favor del deudor sino, en realidad, «un rango necesario», aunque establecido en una norma dispositiva, entre ambas especies monetarias, de forma que tal facultad de sustituir en el momento del pago una en lugar de la otra a voluntad del *solvens* debe entenderse, como sabemos, referida a muy limitados supuestos de obligación pecuniaria en moneda extranjera y siempre subordinada a la *condictio iuris* de acreditar previamente al pago la existencia de la imposibilidad objetiva aludida (70); en sexto término, la naturaleza de la

citado, pág. 1096, texto y nota 46, especialmente págs. 1114-1115, donde señala que el precepto «no ha perdido su integral vigencia en cuanto al pago de las deudas de dinero en monedas de plata», lo que, como sabemos, hoy en día es inexacto.

(68) La opinión restrictiva ha sido mantenida por Díez-PICAZO: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, I, Madrid, 1967, pág. 435, y *Fundamentos*, cit., págs. 470-471; la opinión extensiva, con razón, en cambio, la sostiene BONET CORREA: *El dinero*, cit., págs. 114-115, nota 86 bis, y *Las cuestiones interpretativas*, cit., páginas 1098 y ss. Dice el texto del precepto citado: «Los pagos de dinero deben hacerse en la especie estipulada, y a falta de pacto, o siendo imposible entregar la especie de moneda que se haya estipulado, en la usual y corriente, según el valor legal de la misma al tiempo de hacerse el pago»; es de señalar que este texto, si bien demuestra claramente la inspiración nominalista, presente en la *mens legislatoria*, y es más explícito que el artículo 1.170, 1, del Código Civil, en cuanto a la disciplina del pago, nada establece sobre el carácter nacional o extranjero de la «especie estipulada», al que se refiere el problema apuntado en el texto; GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, III, 1.ª ed., Madrid, 1852, pág. 126, por su parte, menciona a este respecto solamente los «reales vellón», lo que no parece decisivo para resolver la cuestión planteada, sobre la que volveremos en particular en el núm. 6 *infra*.

(69) En este sentido, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 413, seguido por BONET CORREA: *Las cuestiones interpretativas*, cit., pág. 1103.

(70) Favorable a la *facultas solutionis* en determinados supuestos se muestra Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 468 y ss.; en contra, BONET CORREA: *Las cuestiones*

conversión de una especie monetaria en otra no supone novación de la relación obligatoria pues, en rigor, no la transforma, ni constituye una *datio in solutum*, porque se paga lo efectivamente debido sin nuevo convenio, sino que responde a la de una operación simple de cálculo liquidatorio, y de índole puramente aritmética que no afecta a la liquidez (71); por último, omite la norma precisar el momento en que tal conversión ha de hacerse, si bien la jurisprudencia parece que se ha uniformado en el sentido de entender, según veremos, que este momento es el día en que se efectúe el pago (72).

Otro aspecto que concierne a la disciplina del pago de las obligaciones de dinero es el que se refiere a los sustitutos del mismo, aspecto al que aluden, como sabemos, los apartados segundo y tercero del propio artículo 1.170 del Código Civil, los que admiten el dinero bancario o de giro, según vimos, con la misma funcionalidad solutoria que el dinero de curso legal, una vez aceptados por el *accipiens* y realizados satisfactoriamente por éste; no se trata, pues, de dinero en sentido técnico, sino de medios de pago asimilados al dinero y sancionados por los usos mercantiles. Por esto es que la enumeración de pagarés, letras de cambio y otros documentos que menciona la norma debe entenderse hecha a título de simple ilustración y comprensiva de otros medios utilizados en el tráfico con el mismo fin, tales como son los cheques y talones y las órdenes de transferencia a cuentas corrientes bancarias. La función solutoria de estos sustitutos del dinero queda subordinada a su realización de forma que, mediante ellos, se produzca efectivamente el desplazamiento patrimonial en que consiste el pago, realización que ha de ser completa, no en relación con la cuantía del documento, sino por referencia a la prestación pecuniaria que se trata de cumplir (73). Aunque no está obligado el acreedor a aceptarlos, si lo hace, «se entiende el documento—como se ha escrito con razón—más como un instrumento de cobro que como un cobro efectivo», con la importante consecuencia práctica «de demorar la acción del acreedor hasta su vencimiento» (74); cabe que las partes estipulen la exclusión de estos medios alternativos

interpretativas, cit., págs. 1101 y ss., a quien pertenece, pág. 1104, la frase transcrita en el texto.

(71) Así, el propio BONET CORREA: *Las cuestiones interpretativas*, cit., página 1105; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 327, sugiere la existencia de la novación, la que no admite HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 202, incluso para la liquidación de una deuda de valor; hay que advertir que BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, páginas 358 y ss., no menciona este supuesto en su examen de la *datio in solutum*.

(72) Criterio que comparte, asimismo, BONET CORREA: *Las cuestiones interpretativas*, cit., pág. 1106, sobre el cual *vid.*, sin embargo, lo expuesto en el número 6 *infra*.

(73) Así, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 417-418, por todos.

(74) En este sentido, lo que observa con acierto LACRUZ, *op. cit.*, pág. 87.

del dinero, lo mismo que pueden convenirlos *a posteriori*, caso en el que se ha entendido la existencia de una verdadera dación en pago, de la misma manera que, a falta de pacto, se ha visto en la entrega de tales documentos una *cessio pro solvendo* puesto que no extingue *ipso iure* la obligación pecuniaria sino una vez que han sido realizados (75). Hay que advertir que el supuesto de hecho contemplado por la norma es el de la cesión de un crédito que tiene el deudor con respecto a un tercero y cuya eficacia solutoria supone que el acreedor lleve a cabo la actividad necesaria para hacerlo efectivo, o su inactividad culpable, de modo que es posible distinguir un pago hecho con documentos equivalentes a dinero de realización inmediata y otro cuya realización diferida resulta perjudicada por causa imputable al acreedor cesionario del crédito, que queda por ello subrogado en la titularidad del mismo, pero sólo en la cuantía de la obligación que se trata de extinguir (76). En fin, durante el tiempo que medie entre la entrega del documento y su realización efectiva o su perjuicio culpable, «la obligación primitiva—dice el apartado tercero del artículo 1.170—quedará en suspenso»; esto significa, de una parte, que el acreedor no puede exigir el cumplimiento de tal obligación, sino que debe instar el cobro del crédito cedido y, de otra parte, que el deudor se coloca en una situación de incumplimiento solamente cuando dicho crédito resulte incumplido (77).

En conexión con la disciplina del pago de las obligaciones de dinero es preciso referirse, siquiera sea muy someramente, a la norma del artículo 1.110 del Código Civil, relativa al comprobante o recibo, para cuyo examen conviene partir de dos presupuestos, a saber: de una parte, se entiende por recibo la declaración expresa, de ordinario escrita, que hace el acreedor de haber recibido del deudor el pago, con la finalidad de que tal declaración sirva como un medio probatorio preconstituido del cumplimiento íntegro y regular de la obligación (78); de otra parte, esta declaración del acreedor tiene el valor técnico de una confesión extrajudicial, indivisible y susceptible de ser invalidada solamente por causa

(75) Para esto, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 419 y 420; incide sobre este punto la sentencia de 13-5-1972 recientemente.

(76) Como bien lo advierte el mismo LACRUZ, *op. cit.*, pág. 87, la cesión del crédito no requiere el asentimiento del tercero.

(77) Igualmente, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 419-420.

(78) En este sentido hay que recordar que ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, II-1, página 311, definen el recibo como un «reconocimiento escrito por parte del acreedor de haber recibido la prestación debida», lo que se debe, según BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, pág. 302, a que «de otro modo es difícil que pueda ser considerado como una verdadera confesión del acreedor y hacer prueba en Derecho contra éste», lo que no impide, a nuestro juicio, que a falta del documento escrito y firmado pueda ser acreditado por otros medios probatorios; en general, *vid.* ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 99; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 134; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 361; LACRUZ, *op. cit.*, pág. 92.

de error de hecho padecido por él mismo (79). Si bien es cierto que no existe en nuestro Derecho positivo un precepto que imponga al acreedor la obligación positiva de otorgar el recibo, no es menos cierto que la doctrina, en base a lo dispuesto en determinados supuestos especiales, al principio general de buena fe y conforme a los usos del tráfico, ha entendido que el deudor tiene un verdadero derecho a exigir su expedición hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que éste «puede negar el incumplimiento si el acreedor no se lo otorga», e incluso se ha sostenido que puede abstenerse de pagar o constituir al acreedor en mora mediante la consignación (80). En lo que interesa a nuestro objeto, es de señalar que la norma del precepto citado se limita a establecer que el recibo por el capital, sin reserva expresa de los intereses, extingue la obligación respecto a éstos; se trata, pues, de una aplicación de la regla *accessorium sequitur principale* que el precepto, con un fundamento dudoso, cuando menos, amplía a los plazos anteriores cuando el recibo se extiende por el último sin reserva de aquéllos; en ambos casos, más que una causa formal de extinción de las deudas de dinero o de las obligaciones fraccionadas en plazos, la norma establece una simple presunción *iuris tantum* a favor del deudor, presunción que se inspira, al parecer, en la regla del *favor debitoris*, y que admite prueba en contrario (81). Con todo, se ha señalado que cuando el recibo se extiende por una simple cantidad, como es el caso de la deuda de dinero en el que se extiende por el capital sin hacer reserva de los intereses, la única prueba en contrario que cabe es, según dijimos, la de un error de hecho incurrido por el acreedor al extenderlo, prueba que, lo mismo que la obrante en el recibo, justamente por tener el valor de una confesión extrajudicial, «se considera como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales», en los términos del artículo 1.239 del Código Civil (82).

Por lo que a la *mora solvendi* se refiere, la norma del artículo 1.108 del Código Civil establece, como se sabe, una indemnización tasada *ex lege* por el perjuicio proveniente de la misma y cuya cuantía asciende al interés legal; esto es, de conformidad con la Ley de 7 de octubre de 1939,

(79) Cfr. artículos 1.231, 1.233 y 1.234 del Código Civil. Han destacado este aspecto BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, pág. 303, y DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, páginas 510 y 629.

(80) Así, LACRUZ, *op. cit.*, pág. 92, si bien en pág. 56 propugna una interpretación restrictiva del precepto, y ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 100.

(81) Para esto, TORRALBA SORIANO: «Estudio crítico del artículo 1.110 del Código Civil», en *RCDI*, 1966, págs. 1509 y ss., especialmente págs. 1533-1534, 1524-1525 y 1534; advierte ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 101, que si la presunción establecida por el precepto fuera *iuris et de iure* equivaldría a una verdadera causa *ex lege* de extinción de la relación obligatoria.

(82) En tal sentido, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 510, y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, pág. 304, respectivamente.

el 4 por 100 de la suma o cantidad de dinero debida. Estos intereses moratorios son, sin embargo, subsidiarios en el doble sentido de que, por un lado, las partes no hayan pactado otra forma de indemnización y, por otro, no hayan establecido ellas mismas una cuantía diferente; aunque la cuantía legal de estos intereses pueda ser considerada exigua, atendido el nivel alto del interés corriente, hay que hacer resaltar que la citada disposición contempla un trato de favor, próximo al privilegio, en beneficio del acreedor de dinero por cuanto le libera de la carga de la prueba, de una parte, del nexo de causalidad entre el daño y la mora y, de otra, de la magnitud del perjuicio sufrido a causa de ésta (83). Por esta razón, principalmente, la norma en examen ha de ser objeto de una interpretación restrictiva en el sentido de impedir al acreedor de una deuda de dinero la alegación de otros daños provenientes de la mora, entre los que se podría contar el perjuicio causado por la devaluación monetaria producida durante la misma, interpretación que se confirma por consideraciones de diverso orden. De una parte, la colocación sistemática del precepto, inmediatamente después de los artículos 1.106 y 1.107, indica una intención clara de la *mens legislatoris*, como lo revela el comentario al artículo 1.017 del Proyecto de 1851, de reducir y limitar la naturaleza y la cuantía de los daños resarcibles, salvo pacto en contrario, norma por virtud de la cual se resuelve un conflicto de intereses que, en opinión de GARCÍA GOYENA, debemos entender favorecer a la posición jurídica del acreedor, pues presume la existencia del perjuicio al par que le libera de «la dificultad de calcular y probar los daños por la mora» (84); si esto es así, no parece acertado aumentar la protección jurídica establecida ya a favor del mismo. De otra parte, no se opone a esta interpretación restrictiva del artículo 1.108 la abundantísima jurisprudencia que exige prueba acerca de la calidad y cantidad del daño que se demanda, la que permitiría entender que en caso de

(83) Para este punto, *vid.*, entre otros, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 192; ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 139; LACRUZ, *op. cit.*, pág. 112; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, págs. 204-205. Con toda razón señala Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 675, que el precepto presupone que «el daño sufrido por el acreedor ha sido sólo el no haber dispuesto del capital y no haberse, por consiguiente, beneficiado con sus frutos, concretados en el interés devengado por dicho capital», lo que es singularmente significativo en conexión con la categoría que examinamos. Cfr., además, la Ley 491, Comp. navarra, y, en general, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO: *La mora*, Madrid, 1978, *passim*.

(84) Esta consideración, según advierte GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 52, sub artículo 1.017, «ha movido al legislador a fijarlos desde luego en el interés legal, si no se pactó otro. A esto sólo queda reducida la responsabilidad del deudor moroso; pero en cambio queda relevado el acreedor de toda prueba porque su pérdida es evidente, o al menos se presume tal», lo que pone de manifiesto que en la base de la norma existe una valoración ponderada de los intereses en juego y que el criterio de los intereses moratorios *ex lege* es menos arbitrario de lo que pueda pensarse; antes bien, establece un punto de equilibrio entre ellos.

mora solvendi el daño se transforma en una *quaestio facti*, por cuanto se ha señalado con razón que ello «es necesario porque el incumplimiento, de por sí, no implica la producción del daño, y la indemnización se debe por éste y no por aquél» (85), lo que es perfectamente aplicable, en sentido contrario, a la hipótesis que examinamos. En fin, no parece trasladable a nuestro Derecho la interpretación contraria que ha prosperado en la doctrina italiana, por cuanto no existe entre nosotros una norma paralela a la del artículo 1.277 del *Codice Civile*, con arreglo a la que se ha configurado la obligación de indemnizar los daños resultantes de la mora como una verdadera deuda de valor, cuyo *quantum* oscila conforme con las variaciones del valor real de la moneda, con dos limitaciones: en la hipótesis de deudas de suma o cantidad de dinero, el mayor daño no puede abarcar los fenómenos monetarios ocurridos antes de la constitución en mora del deudor y, por otra parte, debe acreditar el acreedor que de haber recibido el capital oportunamente habría hecho con él inversiones tales que le hubieran puesto a cubierto de la devaluación, lo que hoy en día no es posible presumir aun cuando el acreedor sea un empresario (86). En efecto, se ha sugerido entre nosotros que es admisible la prueba del mayor daño del acreedor, daño en el que estaría comprendido el derivado de la desvalorización, en base a una lectura *a contrario* de una vieja Sentencia de 1903, que no se refiere directamente al tema, argumento que no parece decisivo para destruir la doble excepcionalidad de la norma del artículo 1.108 (87); tampoco nos parece convincente la solución según la cual, una vez liquidada la obligación de dinero afectada por una cláusula de estabilización, habría que distinguir la devaluación en más y la devaluación en menos, entendiéndose que solamente la primera debe ser tenida en cuenta contra el deudor moroso «al menos a partir de la *interpellatio*, pues es el retraso culpable del deudor en el cumplimiento el que determina el perjuicio del acreedor, que cobra en unidades monetarias depreciadas con relación

(85) Así, ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 140, con referencias a la jurisprudencia que sirve de apoyo a la conclusión señalada en el texto.

(86) Para una discusión del punto, *vid.* ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, citado, págs. 565 y ss., con abundante bibliografía; la posibilidad de contemplar supuestos productores de mayor daño ocurridos con anterioridad a la mora fue sugerida por GIORGIANNI: *L'inadempimento*, Milano, 1959, págs. 162 y ss., pero ha sido desestimada por la jurisprudencia según nos advierte QUADRI, *op. cit.*, página 407; en cambio, el criterio de las inversiones equivalentes al daño proveniente de la devaluación se debe a NICOLÒ, *op. cit.*, c. 46, y se ha mantenido en vigor; la presunción a favor de los empresarios, y en particular de los bancos, la ha sostenido Mosco, *op. cit.*, págs. 97 y ss., y fue aceptada por la jurisprudencia, pero desde 1951 se aprecia una reacción en contrario dada la discriminación que supone en beneficio del acreedor, según expresa el propio ASCARELLI, *op. cit.*, págs. 573 y ss.; en el mismo sentido, QUADRI, *op. cit.*, pág. 411, últimamente.

(87) Advierte esta posibilidad Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 466.

al día en que el pago debió hacerse» (88). Aparte de que no hay razón alguna para sostener esta agravación de la responsabilidad del deudor con anterioridad a la constitución en mora, no parece equitativo distinguir el sentido de la devaluación para aplicar una solución diferente, según el caso, sobre todo que la culpabilidad del deudor moroso viene sancionada *ex lege* con los intereses moratorios previstos por el artículo 1.108, lo que rompe el equilibrio de intereses que, como sabemos, este precepto resuelve; con todo, la solución a la que nos estamos refiriendo ha sido propuesta exclusivamente para el supuesto particular de una obligación de dinero provista de cláusula de estabilización, lo que bien puede explicar su orientación valorista, pero no para la hipótesis general de las deudas de dinero que no presenten esta particularidad, las que no es posible que cambien su naturaleza jurídica en deudas de valor por el simple hecho de la *mora solvendi* (89).

6. Un supuesto especial de obligación pecuniaria es la deuda de intereses pues, si bien es cierto que desde un punto de vista amplio pueden ser definidos como «una cantidad de cosas de la misma especie que las debidas, proporcional a la cuantía de éstas y a la duración de la deuda», de forma que tanto el capital como los intereses pueden consistir o no en dinero (90), no es menos cierto que la doctrina y la jurisprudencia entienden, con arreglo a las concepciones imperantes en los usos del tráfico, que los intereses en sentido estricto «son las cantidades de dinero que deben ser pagadas por la utilización y disfrute de un capital consistente también en dinero», las que constituyen «la retribución o indemnización por la retención de un capital líquido ajeno, consistente en una alícuota de ese capital por unidad de tiempo», de forma que la obligación pecuniaria «queda desdoblada en una deuda de capital y una deuda de intereses. Los intereses presuponen, pues—se ha dicho—, una deuda de capital de la que representan un rédito» (91). Además, una segunda nota caracteriza la estructura típica de la deuda de intereses; se trata de una obligación accesoría situada en una relación

(88) Esta solución es la que propone LACRUZ, *op. cit.*, pág. 55.

(89) Lo contrario constituiría una hipótesis de novación unilateral de la obligación en la que no cabe presumir una voluntad tácita del deudor por estar precisamente en mora. Ha señalado BONET CORREA: *Metalismo*, cit., págs. 76-77, con toda razón, que la obligación de dinero con cláusula de estabilización no cambia de naturaleza jurídica y no se transforma en una deuda de valor.

(90) Así, ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 48, concepción que es propia de la doctrina alemana menos reciente; en este sentido, *vid.* CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. it. por ASCOLI-CAMMEO, Milano, 1908, página 70; véase TUHR, *op. cit.*, pág. 47; ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, pág. 53, lo que admiten PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, *op. cit.*, pág. 57, en sentido corriente.

(91) Literalmente, Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 478; LACRUZ, *op. cit.*, pág. 55, y CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 69.

vertical de subordinación o dependencia ante la obligación principal de capital, si bien presenta la anomalía de adquirir sustantividad propia en ciertos casos particulares, como, por ejemplo, en tema de imputación de pagos (92). En fin, la deuda de intereses es una relación obligatoria cuya prestación está determinada perfecta y plenamente y es, por tanto, una deuda líquida a todos los efectos legales, por cuanto la determinación de su cuantía depende únicamente del simple cálculo aritmético que consiste en aplicar la tasa a la suma del capital por el factor tiempo (93).

A base de las dos primeras características que hemos mencionado, acostumbra la doctrina distinguir los intereses de otras figuras afines; así, no se confunden con las cuotas de amortización, que son retribuciones por las aportaciones o ganancias obtenidas en un contrato de sociedad; con el descuento, que consiste en una reducción, de suyo arbitraria, que practica el acreedor al hacer entrega del capital al deudor; con el recargo, que es una sobretasa impuesta por el acreedor al deudor, pagadera de una vez, al momento de restituir éste el capital; con las rentas de arrendamiento, que corresponden al precio por el uso y disfrute de una cosa específica, ni, en fin, con las rentas en general, que son necesariamente autónomas, periódicas y homogéneas; antes bien, son intereses en sentido estricto los supuestos de contraprestación en el contrato de préstamo, de retribución por el aplazamiento del pago del precio en el contrato de compraventa de un bien productivo, de intereses moratorios, así como las sumas de dinero que acompañan a la restitución de la contraprestación en los casos de nulidad, rescisión y resolución (94). Su naturaleza jurídica es la de un fruto civil producto del capital, si bien no requieren los intereses ser necesariamente periódicos ni homogéneos por cuanto es posible que se pacten como suma alzada, pagadera de una vez, incluso en el supuesto de que la deuda principal sea periódica, lo que incide en materia de prescripción de los intereses por cuanto, salvo el caso de intereses parciales debidos por capitales periódicos en que se aplica la prescripción quinquenal del artículo 1.966, la prescripción de intereses se rige por el plazo normal de quince años previsto para las acciones personales por el artículo 1.964 (95).

(92) Nos permitimos remitir para esto a nuestro estudio «Obligaciones accesorias», en *NEJ*, XVII, Barcelona, 1980.

(93) Asimismo nos remitimos a lo expuesto en «Obligaciones líquidas», en *NEJ*, XVII, Barcelona, 1980.

(94) Siguiendo en este punto a la doctrina alemana, *vid.* como en el texto PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 341-342; ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 50; ESPÍN, *op. cit.*, páginas 82-83; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 69; Díez-PICAZO, *op. cit.*, páginas 478-489, sobre todo en relación con las rentas. Para los antecedentes de esta orientación, véase TUHR, *op. cit.*, págs. 47 y ss., y LARENZ, *op. cit.*, págs. 185 y 187.

(95) En cuanto a la naturaleza jurídica de los intereses, Díez-PICAZO, *op. cit.*,

Por último, es de señalar que la deuda de intereses admite varias clasificaciones. En atención a su fuente, puede ser *ex lege* y *ex negotio*, tanto unilateral como bilateral, siendo de observar que los intereses legales en este sentido vienen previstos normalmente por normas que carecen de carácter imperativo y que los convencionales exigen un pacto expreso, si bien cabe suponer que, de acuerdo con el sistema económico, toda privación voluntaria o involuntaria de capital deba producirlos, a no ser que exista, también, un pacto expreso en contrario (96). Con relación a la cuantía, los intereses pueden ser, asimismo, legales o convencionales; los primeros tienen la tasa fija que ya conocemos; los segundos, en cambio, quedan entregados a la autonomía privada dentro de los límites elásticos y negativos de no ser, de una parte, desproporcionados a las circunstancias del caso ni, de otra, leoninos por ser notablemente superiores al normal, según establece el artículo 1.º de la Ley sobre Represión de la Usura de 23 de junio de 1908, para el contrato de préstamo de dinero, límites a los que la doctrina ha reconocido con razón una *vis expansiva* al considerarlos referidos a toda clase de obligaciones pecuniarias (97). Según la función de los intereses, cabe distinguir los intereses moratorios, los intereses remuneratorios y los intereses de intereses; respecto de estos últimos, es de señalar que nuestro Derecho admite, y no trata con disfavor, el anatocismo, el cual se divide, igualmente, en legal y en convencional atendiendo lo mismo a su fuente que a su cuantía, categorías a las que se aplica la disciplina ordinaria de los intereses que hemos expuesto (98). Y lo mismo hay que decir en relación con el *interusurium*, si bien se ha entendido que en la hipótesis de que su cuantía se determine de forma convencional la autonomía privada no queda sujeta a los límites represivos de la usura (99). En fin, conviene hacer resaltar que en el Derecho moderno ha perdido su vigor la regla romana por virtud de la cual los intereses, cualquiera que fuere su fuente, cuantía o función, no podían ser de un importe superior al capital debido por la obligación principal (100).

En cuanto obligación pecuniaria, la deuda de intereses no presenta

páginas 478-480, por todos; llama la atención acerca de la prescripción PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 343.

(96) Destaca este aspecto ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 52.

(97) Asimismo, ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 54, nota 76.

(98) Acerca de estas funciones CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 69, por todos. Recuerda ESPÍN, *op. cit.*, pág. 84, texto y nota 85, que el anatocismo estuvo prohibido en Roma y, entre nosotros, por la Ley especial de contratación de 5 de noviembre de 1940; lo admite para supuestos muy limitados el par. 248, BGB. Todo lo que contrasta con el relativo favor con que es tratado en nuestro Derecho, según lo advierte ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 55.

(99) En este sentido, Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 627-628; ampliamente del mismo autor «El pago anticipado», en RDM, 1959, págs. 37 y ss.

(100) Como lo recuerda CROME, *op. cit.*, pág. 90.

otras particularidades que las derivadas de su naturaleza jurídica accesorio; su régimen jurídico es, pues, el mismo de todas las obligaciones de dinero; con todo, hay que poner de relieve que la deuda de intereses es, a nuestro modo de ver, una deuda de suma o cantidad de dinero, sujeta, por consiguiente, al principio nominalista, aun cuando vaya unida, en determinados supuestos, a una deuda de valor, tal como ocurre en los casos de restitución de gastos y mejoras, como, por ejemplo, en materia de posesión, conforme al artículo 453, y de gananciales, de acuerdo al artículo 1.404 del Código Civil (101).

Diversa es la situación de las obligaciones en moneda extranjera, puesto que, además de estar sujetas a una disciplina especial bastante compleja, su configuración como obligación pecuniaria no deja de ser problemática. Se ha señalado en tal sentido que aun cuando el dinero, desde un punto de vista amplio, es toda medida de valor y medio de pago que circula como tal en el mercado, desde un punto de vista estricto, se contrae a las unidades que, de acuerdo al sistema monetario, tengan curso legal, lo que excluye a la moneda extranjera, que, de este ángulo estricto, no es, en rigor, dinero, sino una mercancía dado que «no es, en España, medida usual de valor de las cosas, ni medio de pago con poder liberatorio», lo que no obsta, sin embargo, a que la obligación pactada en moneda extranjera cause intereses moratorios, como toda obligación pecuniaria (102); entendemos, pues, que la obligación contraída en moneda extranjera es una deuda de dinero, al menos en cuanto a su constitución y a sus efectos típicos (103). Por otra parte, concebida así la obligación en moneda extranjera, sabemos ya que se ha discutido si está contemplada o no por la norma del artículo 1.170, apartado primero; recordemos a este respecto que, aun cuando se ha sostenido la opinión según la cual el precepto está referido exclusivamente a las monedas nacionales que circulaban conforme al sistema monetario anterior al Código e, *in concreto*, a las antiguas monedas de vellón, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la «especie

(101) Este último supuesto ha sido considerado como deuda de valor por TORRALBA SORIANO: «Las recompensas entre las masas patrimoniales y la depreciación monetaria», en *RCDI*, 1971, págs. 553 y ss., especialmente pág. 563, con buenos argumentos, en la medida en que se acepte tal categoría, al objeto de lograr un crecimiento equilibrado de las masas patrimoniales en el régimen conyugal de sociedad de gananciales. Como deudas de dinero en sentido estricto califica a los intereses ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 575 y ss.

(102) Así, LACRUZ, *op. cit.*, pág. 51, últimamente.

(103) En este sentido, ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 133 y 137, quien apunta, entre otras consideraciones, el argumento de los intereses moratorios que hemos referido en el texto en orden a calificar las obligaciones expresadas en moneda extranjera como obligaciones pecuniarias, o deudas de dinero según la terminología que hemos empleado, con la consecuencia de estar afectadas, por consiguiente, por la actuación del principio nominalista.

pactada» puede referirse indistintamente a monedas nacionales y extranjeras, al propio tiempo que admiten la convertibilidad de estas últimas en las monedas nacionales de curso legal en nuestro país (104); a nuestro juicio, hay que entender la norma en un sentido amplio e intemporal, sobre todo porque el precepto presenta una connotación negativa según la cual se puede inferir de él que la «especie pactada» se contrae solamente a las monedas de curso legal, de forma que abraza toda unidad monetaria carente de dicho curso, bien sea nacional o bien sea extranjera. Lo que a nosotros nos interesa destacar aquí es que, de acuerdo con esta solución, es aplicable a esta clase de obligaciones pecuniarias, en principio, en tanto no resulte modificada por la normativa especial de cambios internacionales a la que aludiremos luego, la misma disciplina positiva relativa al pago, recibo y mora de las obligaciones de dinero *in genere*, que hemos examinado precedentemente. En particular, las obligaciones pactadas en moneda extranjera se rigen por el principio nominalista que conocemos de acuerdo con el que, salvo la excepción mencionada, el deudor se libera entregando al acreedor la misma cantidad y calidad de monedas preestablecidas en el título constitutivo de la obligación, a no ser que exista una imposibilidad objetiva de realizar el pago con ella, caso en el que la obligación de moneda extranjera se convierte, como sabemos, en una obligación equivalente expresada en moneda nacional; conocemos, también, los supuestos constitutivos de esta imposibilidad objetiva, siendo de observar que la conversión es facultativa para el deudor en los tres casos siguientes: cuando exista un acuerdo expreso o tácito entre las partes; cuando el acreedor demande judicialmente el equivalente de lo debido en moneda nacional y cuando «el acreedor de suma (extranjera) reciba el equivalente de su crédito (en moneda nacional), y no resulte con ello perjudicado» (105). En todos los demás casos, pues, más que una verdadera *facultas solutionis*, la conversión queda subordinada, como lo hemos visto, a la *condictio iuris* de la imposibilidad; con todo, la conversión es automática en fase de ejecución forzosa en la que la obligación expresada en moneda

(104) *Vid.* en este último sentido, por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, página 193, y BONET CORREA: *Las cuestiones interpretativas*, cit., págs. 1096 y ss.; es de observar que éste es el criterio que mantienen las Sentencias de 29-10-1895, 3-7-1939, 4-7-1943, 23-12-1954, 3-10 y 9-11-1957, 6-7-1957, 9-11-1957, 6-4 y 8-6-1963, entre muchas otras, las que no concuerdan entre sí en cuanto al momento en que ha de hacerse la conversión de la moneda extranjera pacta y la nacional, como veremos luego; sabemos que la opinión contraria es sostenida por Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 468 y ss., si bien en pág. 471 parece aceptar también el criterio jurisprudencial.

(105) Señala los mencionados supuestos el propio Díez-PICAZO, *op. cit.*, página 471; para la aplicación del principio nominalista en lo que concierne al pago de esta clase de obligaciones pecuniarias, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 414-415.

extranjera no obtiene satisfacción *in natura* sino por equivalente, de conformidad con lo que dispone el artículo 1.435, número dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de donde cabe inferir que nuestro Derecho procesal configura la obligación en moneda extranjera, no como una obligación líquida, sino, en rigor, como una obligación liquidable (106). Por último, es de advertir que la obligación en moneda extranjera puede adoptar algunas de las modalidades de las obligaciones pecuniarias; de acuerdo con la tipología de estas últimas, la obligación de que nos ocupamos puede ser dineraria, si se han determinado de forma individual o genérica las piezas monetarias debidas y puede ser, también, una obligación de dinero, a lo que no se opone la expresión «especie pactada» del artículo 1.170, pues ésta no debe ser entendida en forma literal, sino en el sentido de excluir, como dijimos, al dinero de curso legal; pero no puede ser configurada como una deuda de valor, ni aun en el caso de las cláusulas de estabilización valor moneda extranjera, en las que tal moneda se utiliza como un simple índice objetivo y externo de la cuantía de la prestación debida, pues, como vemos, son de estructura diferente (107). En cuanto a su pago, se ha clasificado a las obligaciones en moneda extranjera en propias, impropias e intermedias, presentándose el primer tipo cuando el pago deba hacerse y se haga en la misma moneda pactada; el segundo, cuando se realice en el equivalente en moneda nacional y, el tercero, cuando el pago se haga con esta última moneda por imposibilidad objetiva de llevarlo a cabo en la moneda pactada o por acuerdo expreso de las partes, a lo que hay que añadir los dos últimos supuestos que permiten la conversión facultativa de la moneda estipulada en la moneda del *locus solutionis*, que hemos mencionado (108).

Pero esto no es suficiente para caracterizar la estructura típica de las obligaciones en moneda extranjera, pues interviene en ellas un factor de índole territorial, no tanto en el momento de su constitución, sino principalmente en el de su ejecución o cumplimiento; dada la ambigüedad del criterio de la distinta nacionalidad o residencia de las partes, parece acertado entender a este respecto que «una obligación en moneda extranjera es aquella que aparece constituida en una moneda distinta de la que rige de acuerdo con la ley del cumplimiento o, subsidiariamente,

(106) Para esta distinción nos remitimos a nuestro estudio «Obligaciones líquidas», *loc. cit.*

(107) Por el contrario, el propio HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 193-194, parece entender que se presenta en esta hipótesis una deuda de valor; como en el texto, según sabemos, BONET CORREA: *Metalismo*, cit., págs. 76 y 77, en nuestra literatura reciente. *Vid.* sobre este punto el núm. 7 *infra*.

(108) Se trata de la tipología propuesta por HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 194.

te, según la *lex fori*», lo que en la práctica se presenta con frecuencia en las operaciones de exportación y de importación (109).

De aquí que la disciplina de las obligaciones en moneda extranjera resulte afectada por la normativa concerniente a los cambios internacionales, pues no sólo se hallan sujetas al régimen de curso legal y forzoso, además de al principio nominalista, sino que están sometidas a las normas de Derecho público que regulan de forma restrictiva e imperativa la circulación de divisas. En su aspecto estructural, esta disciplina se concreta en el Instituto Español de Moneda Extranjera, configurado hoy como una entidad estatal autónoma dependiente del Banco de España, cuyo cometido es el de ser «el organismo encargado de la administración de las divisas»; en su aspecto funcional, el artículo 10 de la Ley de 4 de mayo de 1948, no modificado por el Decreto-ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959, establece la obligación previa de solicitar al mencionado Instituto, con la justificación adecuada, una autorización expresa para llevar a cabo operaciones que supongan disposición de divisas en orden a realizar pagos o transferencias al exterior, con la particularidad de no modificar ni derogar de forma explícita la norma del artículo 1.170, apartado primero, del Código Civil (110). Esto, no obstante, es de señalar que parece predominar en la doctrina la opinión según la cual el régimen administrativo es externo al Derecho de la contratación, sin que sus principios generales resulten alterados, al par que la naturaleza jurídica de la autorización administrativa es la de una simple *condictio iuris* que no modifica la disciplina de los elementos esenciales del negocio jurídico ni constituye un nuevo pre-

(109) Literalmente, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 467; en general, *vid.* sobre este punto RODRÍGUEZ SASTRE: *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands»*, Madrid, 1968, cuyas ideas discute el autor citado. La observación de tipo práctico aludida en el texto es advertida por HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, página 201, entre otros.

(110) Por lo que se refiere a la estructura de dicho organismo, la frase transcrita corresponde al texto de la Ley de 25 de agosto de 1939, de creación del mismo, cuyos estatutos han sido aprobados por el Decreto de 24 de noviembre de 1939; su autonomía es reconocida por Decreto de 14 de junio de 1962 y su dependencia del Banco de España se deriva del artículo 1, base 2, g, Ley de bases de ordenación del crédito y la banca; hoy es, pues, una entidad dependiente del Ministerio de Hacienda, como lo hace notar BONET CORREA: *Negocios jurídicos*, citado, pág. 150, nota 2. En cuanto al régimen de la Ley de 1948, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 197 y 200-201, sobre el que hay una literatura especializada abundante en la que cabe destacar BONET CORREA: *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Roma-Madrid, 1967, y recientemente ALVAREZ PASTOR y EGUIDAZU: *Control de cambios. El régimen jurídico de las transacciones con el extranjero*, Madrid, 1975; otras referencias en BONET CORREA: *Negocios jurídicos*, citado, especialmente págs. 151-152, nota 8; también del mismo autor «El régimen jurídico español de las inversiones de capital extranjero», en *ADC*, 1974, págs. 941 y ss.; últimamente, GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «Las inversiones extranjeras en España», en *ADC*, 1976, págs. 725 y ss.

supuesto de validez del mismo (111); su infracción queda sometida a una sanción de índole penal que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley sobre Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, puede consistir en multas, prisión hasta un máximo de tres años y pérdida de la nacionalidad española (112). Pero es preciso matizar y distinguir supuestos diferentes. Así, hay casos residuales en que tanto el contrato que causa el desplazamiento de divisas como la transferencia de éstas al exterior es libre; hay, también, casos en que la celebración misma del contrato está subordinada al otorgamiento de una licencia previa y hay, en fin, casos en que la estipulación del contrato es libre pero el desplazamiento de divisas para realizar el pago está sometido a la autorización administrativa también previa. Asimismo, en cuanto a la eficacia del contrato o del pago, se presentan hipótesis diversas; en primer lugar, si la autorización se ha obtenido previamente por la parte obligada a ello, el acto y el pago son perfectamente válidos y eficaces; en segundo lugar, si las partes han subordinado expresa o tácitamente la validez del negocio, o la realización del pago, a la concesión de la autorización administrativa, hay que entender que se ha establecido una condición suspensiva que, si se cumple, da lugar a la eficacia plena del pacto, pero en caso contrario, lo hace ineficaz *ex nunc*, salvo previsión distinta de las partes; en tercer lugar, si la autorización no se ha solicitado por quien le incumbe, si se ha denegado por la Administración o si se ha simplemente simulado la autorización administrativa, surge el problema de determinar si la relación obligatoria es o no eficaz y si tales hipótesis constituyen o no un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación (113). Por lo que se refiere al problema de la eficacia, se ha sostenido que, por tratarse de una *lex minus quam perfectae* de índole puramente administrativa y penal, la obligación es, desde el punto de vista del Derecho civil, perfectamente válida y eficaz, salvo que exista *fraudem legis*, debiendo convertirse a efectos del pago en moneda nacional; más matizada nos parece, en cambio, la opinión según la cual hay que distinguir si lo sometido al régimen de control es el contrato o el pago; mientras que en el primer caso el contrato es nulo por aplicación del actual artículo 6.3 del Código Civil, en el segundo, a pesar de la sanción penal, el

(111) En tal sentido la amplia y documentada exposición del propio BONET CORREA: *Negocios jurídicos*, cit., págs. 152 y ss. y 156 y ss.

(112) Para esto *vid.* PÉREZ VITORIA: «Los delitos monetarios y su influjo en la contratación civil y mercantil», en *Conferencias del Ilustre Colegio Notarial de Barcelona*, Barcelona, 1944, págs. 140 y ss.; UBIERNA: *Régimen legal español de la moneda extranjera*, 2.ª ed., Madrid, 1949, especialmente págs. 173 y ss., y LORENTE SÁNCHEZ: «El Registro de la Propiedad y la Ley de Delitos Monetarios», en *Estudios Castán*, IV, cit., págs. 461 y ss.

(113) Así, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 472-473.

pago es civilmente válido y eficaz (114). En cuanto al problema de la imposibilidad, se ha entendido que se presenta en tal caso efectivamente un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación de tipo objetivo y de índole material o legal, la que, en lugar de liberar al deudor, supone que «entonces el pago ha de efectuarse—se ha escrito—en la moneda de curso forzoso en el lugar del cumplimiento», y según el cambio vigente en éste (115); desarrollando esta misma idea, en el fondo, se ha señalado con razón que la culpa del deudor, manifestada en su falta de diligencia en actuar ante los organismos de control, no le exonera jamás del pago, sino que le impone las consecuencias de la mora y que, si bien puede el deudor pagar facultativamente en moneda nacional, puede, también, el acreedor negarse a recibir en este caso el pago por justa causa la que se presenta «cuando la moneda del *locus solutionis* aparezca totalmente devaluada, de manera que el derecho del acreedor extranjero no queda satisfecho» (116). Por supuesto que la simple dificultad o mayor onerosidad para el deudor de moneda extranjera proveniente de la alteración de los cambios es a este respecto irrelevante. Por último, el momento en que ha de llevarse a cabo la conversión de una moneda en otra ha suscitado dudas; se ha sostenido que el momento apropiado para hacer esta conversión es el del vencimiento de la obligación, o el del pago, de modo que la tercera posibilidad lógica, la del momento constitutivo de la obligación, ha sido descartada por nuestros autores, a pesar de haber inspirado algunos datos normativos particulares (117); la tesis del momento del pago cuenta a su favor con la idea racional de que hasta este momento el acreedor lo ha sido de una deuda en moneda extranjera, la que debe recibir íntegra en su equivalente en moneda nacional según el valor de lo debido el día del pago,

(114) Mantiene la primera opinión BONET CORREA: *Negocios jurídicos*, cit., páginas 162 y ss., especialmente pág. 170, y la segunda, Díez-PICAZO, *op. cit.*, página 473; matiza su opinión el primer autor citado, sin embargo, en págs. 174 y siguientes, especialmente pág. 185, y sobre todo en pág. 172 cuando señala que la solución que propone no tiene lugar si «se demuestra que tuvo (el pacto) por única finalidad vulnerar la prohibición impuesta y defraudar los intereses públicos del Estado».

(115) Así, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 414, seguido por BONET CORREA: *Negocios jurídicos*, cit., págs. 186 y ss., quien examina, además, la importante Sentencia de 6-3-1963.

(116) En este sentido, Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 474-475, quien añade que, «en cambio, parece que la justa causa no existiría si de lo que se trata es simplemente de que el acreedor extranjero no pueda, a su vez, transformar inmediatamente la moneda con la que se ha hecho el pago en otra moneda extranjera o en la suya propia».

(117) Se trata de la fijación anticipada de la equivalencia entre la moneda extranjera que se adopta y la moneda nacional de curso legal que exigen los artículos 31.1, Ley de sociedades anónimas; 3 y 8, Ley de sociedades de responsabilidad limitada; 229.1, Reglamento hipotecario; 15.4, Reglamento de hipoteca mobiliaria, y 177, Reglamento del notariado.

siendo de destacar que se trata, además, del criterio mantenido por la jurisprudencia (118); sin embargo, nos parece acertada la opinión favorable al momento del vencimiento por ser coherente con la regla general en materia de exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones (118 bis). Por esta misma razón, la desvalorización posterior al vencimiento de la obligación en moneda extranjera debe ser irrelevante por aplicación del principio nominalista, lo mismo que la ocurrida durante la *mora solvendi*, como en todas las obligaciones de dinero, incluso en el caso de simple retardo del deudor en la práctica del pago (119).

7. No parece necesario que insistamos sobre la importancia teórica y práctica del problema de la devaluación monetaria al que la doctrina ha prestado bastante atención, sobre todo con relación a las llamadas cláusulas de estabilización (120). Es sabido que la devaluación reper-

(118) Es la opinión que sostiene, entre otros, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 475, si bien en pág. 476 dice que «la valoración debe hacerse en el momento de la exigibilidad de la obligación», criterio este último que compartimos. Mantienen el criterio mencionado en el texto, entre otras, las Sentencias de 10-3-1925, 3-7-1936, 23-12-1954, 6-7-1957, 6-4 y 8-6-1963; advierte BONET CORREA: *Negocios jurídicos*, citado, pág. 191, nota 155, que se trata del mismo criterio que establecía el artículo 2 de la Orden de 23 de marzo de 1869, que el autor entiende vigente, aunque «quedó inadvertida por los Tribunales».

(118 bis) Es la tesis que afirma HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 414; para la regla general en esta materia, *vid.* el propio HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 334 y siguientes, y BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, pág. 249.

(119) En contra, sin argumentos, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 415, y DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 475 y 476.

(120) Entre las obras generales, además de las mencionadas en la nota 38 *supra*, son de destacar HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 32 y ss. y 357 y ss.; del mismo autor, *Dictámenes*, I, Madrid, 1968, págs. 427 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 229 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 460 y ss.; LACRUZ, *op. cit.*, págs. 54-55; en particular, en nuestra literatura, SANCHO SERAL: «El problema de las deudas de dinero en el Derecho actual», en *Universidad* (Zaragoza), 1926, págs. 315 y ss.; MARÍN LÁZARO: «Principios y orientaciones del desbloqueo y de la revisión de los pagos», en *RCDI*, 1940, págs. 3 y ss.; SARDA: «El nuevo Derecho acerca de las obligaciones de dinero», en *RGLJ*, 1941, págs. 122 y siguientes; DUALDE: «Cláusula 'pago en oro'», en *RDP*, 1947, págs. 1 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS: «La cláusula oro en los pagos internacionales privados», en *RDP*, 1947, páginas 666 y ss.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: «Cláusulas de estabilización», en *Estudios de Derecho Privado*, I, Madrid, 1948, págs. 251 y ss.; ROCA SASTRE: «Eficiencia de la cláusula 'valor oro'», en *RDP*, 1950, págs. 1 y ss.; VELASCO, *loc. cit.*; COSSÍO: «Cláusulas de escala móvil», en *RDP*, 1955, págs. 963 y ss.; BONET CORREA: «Las cláusulas de estabilización en las obligaciones pecuniarias», en *RDN*, 40 (1963), págs. 91 y ss., y los abundantes comentarios jurisprudenciales de este autor publicados especialmente en *ADC*, de los que destacamos, en la última década, 1973, páginas 985 y ss.; 1974, págs. 466 y ss., 947 y ss y 1058 y ss.; 1975, págs. 278 y ss.; 1976, págs. 1137 y ss., y 1250 y ss.; 1978, págs. 681 y ss., 869 y ss., 875 y ss., etc. Del mismo autor también *Arrendamientos urbanos con renta actualizada*, Pamplona, 1978; RAJOY: «Doctrina del Tribunal Supremo sobre la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos», en *ADC*, 1973, págs. 1040 y ss.; últimamente, VALLE UTURRIAGA: «La inflación y las cláusulas estabilizadoras de los contratos», en *AAMN*, 1977, págs. 24 y ss., aparte de

cute de forma muy aguda en las obligaciones pecuniarias de tracto sucesivo, en las de pago diferido o aplazado e, incluso, en las de ejecución instantánea o a corto plazo, cuando el fenómeno se presente por circunstancias extraordinarias, e incide en ella de un modo decisivo y determinante, a nuestro modo de ver, no tanto el llamado Derecho público voluntario que regula el sistema monetario nacional (121), sino fundamentalmente los principios que inspiran el orden público económico. Donde este punto de vista, la cuestión planteada estriba en saber en qué medida el nuevo principio de igualdad objetiva y sustancial, de índole redistributiva, que contempla, como sabemos, el artículo 40.1 y concordantes del texto constitucional afecta o no a las soluciones adoptadas por doctrina y jurisprudencia en el tema que nos ocupa y en qué medida, también, es compatible o no con las técnicas correctoras del nominalismo que no vengan impuestas por el poder público mediante normas de carácter general (122). El problema reviste caracteres de gravedad porque no se puede negar que el principio nominalista, apenas consagrado pero vigente, sin duda, en nuestro Derecho, como hemos visto, hace que las obligaciones pecuniarias en general, y las deudas de dinero en particular, sean por definición insensibles ante las alteraciones del valor extranomial del dinero, sea éste el valor intrínseco de la moneda o el valor real del dinero, en los términos en que hemos definido estos conceptos precedentemente. Y estas alteraciones modifican ciertamente el contenido pecuniario de la prestación, bien por sobrevaloración o deflación, bien por desvalorización, incluso depreciación, o inflación, fenómeno este último tan normal en la economía moderna que presenta los caracteres de una verdadera patología crónica (123). Por ello es que el problema no puede ser considerado únicamente por referencia al juego de intereses concretado en una relación obligatoria aislada, sino en su globalidad. Desde el ángulo de la relación aislada, no cabe duda alguna que el acreedor de dinero recibe una prestación «ampu-

las indicaciones que señalaremos *infra*; para referencias a la literatura extranjera, en fin, BONET CORREA: *El dinero*, cit., pág. 93, nota 8, y CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 362, nota 1.

(121) Advierte el primer aspecto ESPÍN, *op. cit.*, pág. 69, y el segundo, Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 468, quien observa, además, que el Derecho valutario es un «neologismo de dudosa raíz castellana».

(122) Un planteamiento similar de la cuestión hace QUADRI, *op. cit.*, especialmente págs. 419 y ss., en relación con el Derecho italiano.

(123) Para estos conceptos económicos, *vid.* BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 231-232, nota 40; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 346 y 347; Díez-PICAZO: «Obligaciones en moneda extranjera, responsabilidad contractual y devaluación (S. T. S. de 30 de enero de 1971. Lita, S. A., c. Banco de Bilbao, S. A.)», en ADC, 1971, págs. 1047 y ss.; en general, FUEYO LANERI: «La reajustabilidad del valor de la deuda de dinero, como requisito del pago efectivo, cualquiera que sea la fuente de la obligación», en RGLJ, 1976, págs. 133 y ss.

tada», de la que la desvalorización o devaluación monetaria ha sustraído una parte, en ocasiones, importante y que resulta, por tanto, perjudicado por la aplicación del principio nominalista, pero no se puede olvidar que, debido a esto mismo, las técnicas de revalorización tienden a favorecerle y a perjudicar los intereses del deudor de dinero (124). Estas técnicas de revalorización pueden dividirse en dos tipos; uno, de índole particular, comprende técnicas que se sitúan a nivel dogmático, a nivel judicial y a nivel convencional, esto es, la categoría de las deudas de valor, los medios y posibilidades de revisión judicial de los contratos y las llamadas cláusulas de estabilización; otro, de índole general, abarca las medidas de intervención legislativa que pueden subdividirse, en principio, en medidas de intervención ocasional, tales como las que se adoptan ante procesos inflacionarios muy agudos o las que se contemplan entre las normas de transición que acompañan a la legislación de devaluación, y en medidas de intervención legislativa de carácter permanente que, si bien en nuestro Derecho son escasas, pensamos sería recomendable que así se hiciese (125). Desde el ángulo de la globalidad del problema, se ha observado entre nosotros que la inflación tiene por consecuencia, en el plano sociológico, que «los grupos privilegiados se hacen con el dinero y se eleva la capacidad adquisitiva en perjuicio de aquellas personas que poseen rentas fijas o de aumento relativamente lento, como le sucede a los funcionarios, pensionistas y asalariados, quienes se ven obligados a reducir sus compras y a carecer de lo más necesario, beneficiándose aquellos otros grupos privilegiados o de 'nuevos ricos'», observación cierta de la que se infiere la justicia no sólo conmutativa, sino distributiva de las medidas de revalorización (126); pero es necesario matizar sobre todo en una sociedad como la nuestra, cuya economía funciona fundamentalmente sobre la base del crédito. De una parte, en este último grupo hay que situar a los empresarios, quienes son, en rigor, deudores de dinero y los verdaderos favorecidos por el nominalismo y la devaluación; de otra parte, hay que distinguir entre los acreedores de dinero el grupo de las grandes entidades comerciales, que suelen precaverse contra los efectos negativos de la inflación por la imposición de cláusulas contractuales de estabilización, y el grupo de los pequeños ahorrantes y trabajadores asalariados, que la padecen en cuanto consumidores y en cuanto canalizan sus ahorros hacia las enti-

(124) Según cabe inferir de la *communis opinio* sobre este punto; la expresión que hemos transcrito se debe a MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, pág. 611.

(125) Similar es la tipología de las técnicas de revalorización que nos ofrece CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, pág. 365, por todos.

(126) Así, literalmente, BONET CORREA: *Problemática*, cit., pág. 223; en el mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO: «La antítesis inflación-justicia», en *RJC*, 1960, páginas 531 y ss., con observaciones de gran interés.

dades mencionadas (127). Aparte del valor hermenéutico que, de conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil, tienen observaciones de esta naturaleza, ponen de relieve las mismas otro aspecto del problema; se ha señalado, en efecto, que las técnicas de revalorización de índole particular, y las cláusulas de estabilización, de forma muy especial, refuerzan la posición jurídica del acreedor, en términos próximos al privilegio, por cuanto introducen un elemento de discriminación a su favor, no sólo respecto a los demás acreedores del deudor, sino con relación a los restantes acreedores de dinero, y al mismo tiempo introducen idéntico elemento de discriminación entre los deudores, aunque de signo inverso (128), constituyen, pues, un factor contrario al principio de igualdad jurídica. Y este principio da nuevo vigor a la defensa del nominalismo en base a consideraciones de orden pragmático, de seguridad jurídica y de política legislativa, las que configuran a las técnicas de revalorización particular con un marcado carácter excepcional, que obliga a interpretarlas siempre de forma restrictiva, lo mismo en relación con su admisibilidad que por lo que se refiere a su extensión (129); por el contrario, este mismo principio favorece a las técnicas de revalorización de carácter general, sobre todo si son permanentes.

Por lo que se refiere a la categoría de las deudas de valor, hemos adelantado ya un concepto genérico de las mismas; en suma, se definen por la presencia de una nota negativa y de una nota positiva. La nota negativa pone de relieve que en ellas el objeto de la prestación no es, técnicamente, dinero, y la nota positiva afirma que, si bien éste integra

(127) Observación que ha hecho notar, en la doctrina italiana, RESCIGNO: *Manuale del diritto privato italiano*, 1.^a ed., Napoli, 1973, pág. 579.

(128) Según lo han puesto de relieve, entre nosotros, PELAYO HORE: «Cláusulas de estabilización», en *AAMN*, 1946, págs. 39 y ss., y MARTÍN BALLESTERO: «El pago de las prestaciones debidas en moneda devaluada», en *RGLJ*, 1958, páginas 528 y ss., anticipándose a la problemática actual. No en vano lo advirtió el propio NUSSBAUM: *Teoría jurídica del dinero*, cit., pág. 270.

(129) Para esto, HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de Obligaciones*, cit., págs. 406 y siguientes, por todos; es de señalar que este autor, en *Dictámenes*, cit., pág. 435, entiende que, en contra de la validez de las cláusulas de estabilización, está «una concepción del orden público más integradora y social», la que es preferible, frente a la liberal, porque «el Derecho no está en desconexión con el orden moral ni con la realidad social, sino en función de ellos», pues «equidista de una infraestructura social y una superestructura moral. De aquí que, lejos de ser despreciables las razones de índole ética y social (esgrimida a favor del rechazo de tales cláusulas), sean sumamente estimables para el jurista», por lo que concluye en la página 444: «Aunque en un plano general es muy dudosa la validez de la cláusula 'valor oro', y el letrado que suscribe se inclinaría más bien por la nulidad, ha de reconocerse, sin embargo, que, faltando una determinación legislativa expresa, buena parte de la doctrina, y sobre todo la jurisprudencia, se muestran decididamente favorables a la admisibilidad de la cláusula indicada y de otras de tipo semejante». Y lo afirmado en 1954 para esta cláusula en particular es trasladable hoy en día a todas las técnicas de revalorización.

la prestación y en él se materializa el pago, el dinero actúa en este caso solamente en su función de medida de valor de las cosas, bienes y servicios y en cuanto parámetro objetivo dirigido a determinar la cuantía de la prestación debida (130). Aparece el dinero en esta hipótesis, pues, *in solutione*, pero no sólo es utilizado por las partes en su función de simple medio usual de pago, sino en cuanto medio que delimita cuantitativamente una determinada magnitud de poder adquisitivo o de valor real, con entera independencia del valor nominal del signo monetario empleado por ellas, de tal manera que el acreedor espera y tiene derecho a exigir el ingreso íntegro del valor debido en su patrimonio al momento en el que el pago se efectúe; de aquí que su peculiaridad radique en el criterio adoptado por las partes para medir la cuantía de la prestación, criterio que no está referido a cosas físicas, como lo son tanto los signos monetarios cuanto el dinero considerado como cosa, sino a unidades de medida de poder de compra que solamente se expresan en unidades de un sistema monetario, con la importancia práctica de que el acreedor queda por ello exento de sufrir el riesgo de las oscilaciones monetarias (131); de aquí, también, que se diga que esta clase de obligaciones no son, en rigor, deudas de dinero, o, por lo menos, deudas de suma o cantidad, ni obligaciones que consistan en dar una cosa específica o genérica, sino que su objeto está compuesto por un valor en sentido propio, que no es una cosa, sino una simple relación, y cuya función es la de integrar o reintegrar en el patrimonio del acreedor una magnitud determinada de poder de adquisición por cuanto la finalidad de las deudas de valor, se ha escrito entre nosotros, «es la de asegurar al acreedor un valor determinado al que corresponde la suma de monedas, que podría ser distinto según las oscilaciones monetarias; lo cual

(130) Vid. en este sentido HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de Obligaciones*, cit., páginas 201-202; Díez-PICAZO: *Fundamentos*, cit., págs. 452-453; BONET CORREA: *Metalismo*, cit., págs. 70 y ss.; en la doctrina alemana son de interés los estudios de ECKSTEIN: *Geldschuld und Geldwert im materialien und internationalen Privatrecht*, Berlín, 1932, y, últimamente, MAYDELL: *Geldschuld und Geldwert. Die Bedeutung von Änderungen des Geldwertes für die Geldschulden*, München, 1974; en la doctrina francesa reciente, RAYNAUD: «Les dettes de valeur en droit français», en *Mélanges Brèthe de la Gresaye*, París, 1969, págs. 611 y ss., y PIERRE-FRANÇOIS: *La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie*, París, 1975; en la doctrina italiana destacan, entre otros, FERRI: «Tendenze giurisprudenziali in tema di svalutazione monetaria», en *RISG*, 1949, págs. 408 y ss.; ASCARELLI, además de las obras citadas, «I debiti di valore», en *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952, págs. 63 y ss.; DISTASSO: «Le obbligazioni pecuniarie», en *BBTC*, 1969, páginas 423 y ss.; VIGNOCCHI: «Incidenza sui rapporti giuridici di diritto privato e pubblico della svalutazione monetaria», en *RTDPC*, 1975, págs. 632 y ss., y QUADRI, *op. cit.*, págs. 375 y ss.; importantes para la construcción de esta categoría son los trabajos de SAVATIER: «La nouvelle législation des 'indexations'», en *DChr*, 1959, páginas 63 y ss., y «Dépréciation monétaire», en *Foro it.*, 1972, V, c. 58 y ss.

(131) Como bien lo observa ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., páginas 173 y 442 y ss., especialmente pág. 449.

excluye la irrelevancia de tales oscilaciones e impone que se determine la liquidación de un modo que asegure al acreedor la recepción efectiva del valor debido» (132).

Ha señalado la doctrina las notas que caracterizan a las deudas de valor y las distinguen de las de dinero. En primer lugar, se ha entendido que la categoría que nos ocupa ha de ser configurada como una obligación de hacer, antes que como una obligación de dar, y de hacer del tipo de resultado, puesto que en ella el deudor debe procurar que el acreedor reciba íntegramente el valor debido en términos reales, actuales y efectivos, única actividad en la que consiste su deber de prestación y con la que se satisface plenamente el interés del acreedor (133). En segundo lugar, se ha señalado, por lo que respecta a la fuente de las deudas de valor, que éstas tienen por regla general su punto de originación *ex lege*, y no *ex negotio*, como es lo normal en las deudas de dinero, lo que reviste, por otra parte, una enorme importancia para la interpretación correcta de las *Zustandobligationen* a las que se contraen, en esencia, los supuestos típicos de obligación legal (134). En tercer lugar, se ha observado que las deudas de valor no son lo mismo que las deudas de dinero ilíquidas por cuanto, se afirma, las operaciones de evaluación, propias de las primeras, y las operaciones de liquidación, características de las segundas, son diferentes; según esto, la evaluación es el cálculo del valor real contenido en la prestación debida y está enderezada al momento constitutivo de la relación obligatoria, mientras que la liquidación no es más que una operación contable dirigida a determinar la cantidad debida en el momento solutorio de la obligación; de lo que cabe inferir, de una parte, que la deuda de dinero ilíquida está afectada por la devaluación monetaria; de otra parte, que la liquidación no transforma, salvo *animus novandi*, la deuda de valor en deuda de dinero y, en fin, que la evaluación de la deuda de valor no es lo mismo que la *aestimatio rei*, propia de la iliquidez (135). En cuarto lugar, se ha hecho notar que las deudas de valor no deben ser confundidas con las cláusulas de estabilización, en general, y con las cláusulas de escala móvil, en particular, porque son de estructura diversa aun cuando la función de revalorización sea en uno y otro supuesto la misma; estas cláusulas se insertan en deudas de dinero en sentido estricto, las que

(132) Literalmente, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, pág. 228.

(133) Ha resaltado esta característica CARBONNIER: *Droit civil*, IV, París, 1976, página 24; sin embargo, ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., pág. 173, la concibe como una obligación de dar.

(134) Así, ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 171, 176 y 442; para la última categoría aludida en el texto nos remitimos a nuestro estudio «Obligaciones legales», en *NEJ*, XVII, Barcelona, 1980.

(135) Destaca este aspecto el propio ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, citado, págs. 450 y ss.

no por ello se convierten en deudas de valor, y tienen por finalidad dar elasticidad a una cantidad de valor predeterminada en el título constitutivo de la obligación, valor que no es necesariamente el mismo valor real y actual que debe el deudor en una obligación de valor, aparte de que son un medio de liquidación de la cantidad de dinero debida y no una técnica de evaluación de la prestación, todo lo cual las aleja, se dice, de la estructura típica de las deudas de valor (136). En quinto lugar, por último, se ha apuntado que la deuda de valor es una obligación *in natura*, por lo menos, desde el punto de vista de su cumplimiento, y es, por tanto, sensible y elástica ante las oscilaciones del valor de la moneda, nota ésta que es, a nuestro modo de ver, la más importante y definitiva de las señaladas por cuanto pone de relieve que en esta clase de obligaciones pecuniarias, si bien el *quantum* de valor real debido medido en términos de poder adquisitivo no cambia por efectos de la desvalorización del dinero, la cantidad de signos monetarios mediante los que se expresa y mide el contenido de la prestación varía a compás con el curso de la inflación y ésta es, precisamente, la razón por la que estas obligaciones se sustraen de la aplicación del principio nominalista (137). A excepción de esta última nota, pues, que, en rigor, más que una característica es una petición de principio, hay que reconocer que la frontera entre las deudas de valor y las deudas de dinero es, cuando menos, poco nítida, falta de nitidez que es todavía más patente si consideramos los supuestos típicos más importantes que tienen su encaje en la categoría que examinamos.

En general, se trata de casos heterogéneos de muy difícil sistematización, cuya simple enumeración es lo suficientemente ilustrativa de la variedad y extensión que las deudas de valor pueden llegar a tener en nuestro Derecho. Así, se ha considerado que pertenecen a esta categoría todos los supuestos en que la prestación consiste en la estimación de algo o en una cantidad que no está sujeta al valor nominal; entran en el primer grupo los supuestos de indemnización de daños y perjuicios, de alimentos entre parientes, de abono de gastos y mejoras y una serie de figuras dispares entre sí como las contempladas por los artículos 365, 393, 453, 455, 482, 564, 645, 650, 1.045, 1.074, 1.364, 1.366, 1.447, 1.448, 1.478 y 1.795 del Código Civil, casos en los que «el dinero se utiliza como expediente técnico para fijar qué es lo debido», y entre los que no es de incluir la colación, mientras que integran el segundo grupo las obligaciones

(136) Asimismo hace notar esta importante nota que caracteriza y distingue a las deudas de valor por contraste, como sabemos, con las cláusulas de estabilización, incluso en su versión más próxima como pueden ser las cláusulas de escala móvil o las cláusulas de valor, ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 174 y 176; entre nosotros mantiene este mismo criterio, que compartimos, BONET COREA: *Metalismo*, cit., págs. 76-77, según lo hemos apuntado precedentemente.

(137) Pone de relieve esta característica también CARBONNIER, *op. cit.*, pág. 24.

a las que se han incorporado cláusulas de estabilización referidas, no a cosas, sino a valores o índices (138), grupo este último que, como sabemos, es de discutible configuración como deudas de valor; asimismo, se ha entendido que son de esta clase las deudas restitutorias, como es el caso del supuesto previsto por el artículo 307, y las deudas compensatorias, como son el resarcimiento de daños y perjuicios, a base de los artículos 1.101 y 1.902, el reembolso de gastos y mejoras, que ilustran los artículos 453 y 1.404, y el enriquecimiento sin causa, contemplado en los artículos 360, 1.163 y 1.895, entre otros, hipótesis todas éstas que pueden ser ordenadas según si la propia ley establece el momento en que ha de hacerse la valoración, como en los artículos 482, 650 y 1.045, o la ley omite esta determinación, por lo que deben entenderse referidas al valor actual, como, por ejemplo, los artículos 360, 645 y 1.307 (139); con todo, los supuestos emblemáticos de deudas de valor son los de restitución de gastos, pago de alimentos, enriquecimiento injusto, indemnización de daños y perjuicios y daños provenientes de la *mora solvendi*.

Sin embargo, la calificación de estos supuestos ha sido sometida a revisión y crítica, sobre todo por parte de la doctrina italiana. En efecto, en cuanto a los gastos parece acertado entender que, una vez que han sido demandados y liquidados por el acreedor, se transforman *ipso iure* en deudas de dinero, afectadas por el nominalismo, dando lugar a intereses por el retardo (140); lo mismo en el caso de restitución de dinero robado o de un precio pagado con moneda falsa, en el que se ha llegado a presumir, incluso, que la devaluación afecta al acreedor (141); en el supuesto de alimentos legales, que están sustraídos, por cierto, al nominalismo y no les afecta, por tanto, la devaluación, ello se debe más a que se han de calcular, de conformidad con el artículo 142 de nuestro Código Civil, atendiendo a las necesidades del alimentario, que por ser una verdadera deuda de valor (142), lo mismo que cabe extender a los alimentos volun-

(138) Examina los supuestos del primer grupo HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, páginas 203 y ss., y los del segundo en pág. 208; la expresión transcrita en el texto la hemos tomado de la *op. cit.*, pág. 206. Concuere a este respecto LACRUZ, *op. cit.*, página 53, en lo que se refiere a la colación y añade que las legítimas han de ser excluidas, asimismo, de la categoría de las deudas de valor.

(139) Así, Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 458.

(140) En tal sentido, NICOLÒ, *op. cit.*, c. 49 y ss.; FERRI, *op. cit.*, pág. 408, y QUADRI, *op. cit.*, pág. 379.

(141) Para esto, BIANCA: *Dell'indempimento delle obbligazioni*, en SCIALOJA-BRANCA, *op. cit.* (arts. 1.218-1.229), Bologna-Roma, 1967, sub. art. 1.224, pág. 298, nota 7, lo que admite el propio QUADRI, *op. cit.*, pág. 382.

(142) Con todo, BONET CORREA: «La elevación de la cuantía de los alimentos provisionales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1977)», en ADC, 1978, págs. 869 y ss., especialmente págs. 873 y ss., parece entender que se trata de una deuda de valor; *vid.* además del mismo autor «La pensión de alimentos ante la depreciación monetaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1976)», en ADC, 1977, págs. 716 y ss.

tarios, respecto de los que se ha afirmado que hay solamente una deuda de dinero revisable periódicamente (143); por lo que se refiere al enriquecimiento sin causa se ha observado con razón, a nuestro juicio, que no se trata de una deuda de valor por cuanto no hay un nexo de causalidad entre el daño causado por la devaluación monetaria y la medida del enriquecimiento y la del empobrecimiento, determinantes para el cálculo del *quantum* debido (144); por lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, aparte de las dificultades inherentes a la determinación del momento en que debe ser hecho el cálculo, hay que tener en cuenta que la entidad y la cuantía de los daños no se alteran por la devaluación monetaria, sino solamente su traducción numérica y que, practicado el cálculo, esta hipótesis se coloca en una situación similar a la de los gastos (145), y lo mismo es de advertir, como sabemos, en tema de mora, a no ser que se trate de la mora incurrida por el deudor de una obligación de valor, caso en el que la jurisprudencia italiana incluye entre el mayor daño la devaluación posterior a la *interpellatio* y siempre que el acreedor pruebe que, sin el retardo la habría evitado, idea que ha sido recogida, como lo hemos hecho notar, por nuestra doctrina (146).

A estas dificultades de la categoría de las deudas de valor hay que añadir que la técnica legislativa de revalorización no parece haberla acogido; antes bien, la intervención pública en materia de devaluación está referida, como veremos, a las deudas de dinero en sentido estricto, como es el caso paradigmático de los salarios y de las rentas de arrendamiento deudas de dinero que son revalorizadas mediante la aplicación de ciertos

(143) En este sentido, BETTI: *Efficacia delle sentenze determinative in tema degli alimenti*, Camerino, 1921, *passim*, aplicando la cláusula *rebus sic standibus*; igualmente, Mosco, *op. cit.*, pág. 148; ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., página 510; entre nosotros hay que destacar que DORAL: «Pactos en materia de alimentos», en ADC, 1971, págs. 313 y ss., especialmente págs. 388-389, en las que examina la nota de «contenido variable», la entiende como determinabilidad de la prestación bien por el arbitrio de las partes, bien por resolución judicial, apartándose del criterio mencionado entre otras razones porque estima que «esta variabilidad nada tiene que ver con la revisabilidad por alteración de circunstancias en el campo contractual»; tampoco alude a la supuesta naturaleza de deuda de valor de la pensión alimenticia convencional. Cabe apuntar que QUADRI, *op. cit.*, páginas 387 y ss., extiende este criterio negativo a los supuestos de pensiones periódicas y de escalas móviles en general.

(144) Así, ya FERRI, *op. cit.*, pág. 415.

(145) Vid. para esto TEDESCHI: «Il danno e il momento della sua valutazione», en RDP, 1933, págs. 263 y ss.; DE CUPIS: *Il danno. Teoria generale della responsabilità*, I, 2.ª ed., Milano, 1966, págs. 320 y ss.; ASCARELLI: *La moneta*, cit., páginas 192 y ss., y *Obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 462 y ss.

(146) Según lo pone de relieve QUADRI, *op. cit.*, págs. 404 y ss., con referencias a la doctrina y jurisprudencia sobre el punto; vid. también LUMINOSO: «Orientamento della giurisprudenza in materia di incidenza della svalutazione monetaria sul risarcimento del danno», en *Dir. giur.*, 1968, págs. 145 y ss. Como sabemos, esta idea proviene de NICOLÒ, *op. cit.*, c. 46, y ha sido acogida entre nosotros por Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 466.

parámetros variables en el marco del sistema nominalista sin que tales deudas cambien de naturaleza jurídica, ni puedan ser configuradas como genuinas deudas de valor (147). En este mismo sentido, es de recordar la opinión manifestada hace algún tiempo según la cual la distinción entre una y otra clase de obligaciones es puramente terminológica (148); asimismo, se ha intentado en la doctrina alemana sustituirla por la separación entre *Austausch-Geldschulden* y *Zahlungsmittelschulden*, esto es, entre las deudas pecuniarias de mero cambio, en las que el dinero es considerado únicamente en su función de medio de cambio, y las deudas pecuniarias de pago, en las que se lo considera en su potencia abstracta de poder solutorio (149). Y entre nosotros se ha señalado que la distinción entre evaluación de la deuda de valor y liquidación de la deuda de dinero es una sutileza poco constructiva «pues ambas operaciones son en rigor operaciones de determinación (cuantitativa, agregamos nosotros) de la prestación y, en definitiva, resultan idénticas», y se ha entendido con toda razón, a nuestro modo de ver, que una vez liquidada la deuda de valor, bien por las partes, bien por el Juez, se transforma de forma automática en una deuda de dinero, con la consecuencia de que, desde este momento, el riesgo por devaluación corre de cuenta del acreedor, sin que ello constituya novación (150). Así, pues, la categoría de las deudas de valor, en cuanto técnica dogmática de revalorización, no parece ser segura y se contrae a los limitados supuestos que hemos señalado, con las matizaciones críticas apuntadas, además de estar inserta en el marco del sistema nominalista, en el que se limita a introducir excepciones valoristas extraídas del mismo en base a distinguir esta clase de deudas frente a las deudas de suma o cantidad de dinero con arreglo a criterios que son, por lo menos, discutibles.

La técnica negocial o convencional de revalorización se concreta, como sabemos, en las cláusulas de estabilización anexas al contrato o título cons-

(147) Así lo entiende el propio QUADRI, *op. cit.*, págs. 419 y ss., en relación con la Ley italiana núm. 533, de 11 de agosto de 1973, que introdujo la revalorización de los créditos de dinero, según el coste de la vida, a favor de los trabajadores asalariados. Con todo, la E. de M. del proyecto de ley de reforma del Derecho de familia de 14 de septiembre de 1979 alude a las deudas de valor a propósito de los reembolsos propios del régimen económico del matrimonio.

(148) Así, LOJACONO, *op. cit.*, pág. 176; si bien BONET CORREA: *Metalismo*, citado, pág. 77, asimila esta crítica a la del autor mencionado en la nota anterior, pensamos que ésta es más profunda por cuanto afecta a la estructura y extensión de las deudas de valor.

(149) En este sentido destaca MAYDELL, *op. cit.*, págs. 92 y ss.; también las observaciones de CAUSSE, *op. cit.*, págs. 439-441, en nuestra literatura.

(150) Es de la primera opinión Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 458; también LACRUZ, *op. cit.*, págs. 52-53, de forma implícita; en contra, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, página 202; piensa que en tal caso habría novación, ASCARELLI: *Obbligazioni pecuniarie*, cit., págs. 491 y ss., pero no es convincente, a propósito del reembolso de mejoras.

titutivo de la obligación pecuniaria y por medio de las cuales la autonomía privada intenta prevenir de forma anticipada los efectos derivados de las oscilaciones monetarias; su función es, pues, eludir el desequilibrio de las prestaciones entre el momento inicial y el momento final de la relación obligatoria que la devaluación, en el cuadro del nominalismo, produce; en general, se las ha definido entre nosotros como «un pacto, que adquiere diversas modalidades, establecido por las partes que llevan a cabo una obligación o contrato cuya prestación tiene por objeto la entrega de moneda de curso legal, mediante la cual, la cuantía o suma de dicha moneda ascenderá o disminuirá de acuerdo con el precio de un determinado metal (oro, plata, etc.), de un producto natural o manufacturado, o, de un porcentaje ponderado del coste de la vida» y sus modalidades más usuales, según el índice o módulo utilizado, son las llamadas cláusulas oro o plata; valor oro o valor plata; moneda extranjera o valor moneda extranjera; pago en especie o en determinadas mercancías y, en fin, las cláusulas de revisión periódica y las cláusulas de escala móvil o de índice variable (151). Pueden estas cláusulas ser clasificadas en dos grupos; de una parte, existen las cláusulas dirigidas a conservar el valor inicial de la prestación de dinero refiriéndolo a elementos comercialmente más estables, tales como son las cláusulas oro, plata, moneda extranjera, pago en especie o en determinadas mercancías; de otra parte, existen las cláusulas enderezadas a mantener inalterado y constante el valor de la prestación debida o en un punto de equilibrio estable y permanente el valor de las prestaciones que componen el contenido de la relación obligatoria, grupo al que pertenecen las cláusulas de valor oro, plata, moneda extranjera, de revisión periódica, de escala móvil o de índice variable (152). La importancia de esta clasificación radica en que hace resaltar que, en el primer caso, el módulo uti-

(151) Así, literalmente, BONET CORREA: *Las cláusulas de estabilización*, cit., páginas 99-100, y para las especies citadas, págs. 100 y ss., ampliamente; además de la bibliografía señalada en las notas 38 y 120 *supra*, son de citar en la literatura francesa VASSEUR: «Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique», en *RTDC*, 1952, págs. 431 y ss.; el volumen a cargo de DURAND: *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, París, 1961; DOUCET: *L'indexation*, París, 1965; EL-GAMMAL: *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, París, 1967, y últimamente DE LA MARNIERE: «Observations sur l'indexation comme mesure de valeur», en *RTDC*, 1977, págs. 54 y siguientes; por su parte, la doctrina alemana, afectada por la Ley monetaria de 1948, a que nos hemos referido antes, la que subordina la estipulación de cláusulas de revalorización a una autorización administrativa previa, ha tenido una reacción a favor de las mismas tardía, tal como lo ponen de relieve TIMM: «Geldwertsicherungsklauseln in der scheleichenden Inflation», en *Wirtschaftsdienst*, 1972, páginas 641 y ss., y BAUER: *Geldwertsicherungsklauseln als indikator von Inflationserwartungen. Vor und Nachteile von Indexklauseln*, Essen, 1973. Con todo, para un estudio completo del tema nos remitimos a PUIG PEÑA: «Cláusula oro», en *NEJ*, IV, Barcelona, 1952, págs. 183 y ss.

(152) Se trata de la clasificación que propone Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 460; para una división tripartita, *vid. Espín, op. cit.*, pág. 70.

lizado por las partes consiste en un elemento distinto de la moneda de curso legal mientras que, en el segundo, se acude a un parámetro objetivo al efecto de determinar la cuantía permanente de la prestación, lo que repercute en la admisibilidad o licitud de estas cláusulas. Existe, en efecto, una verdadera *communis opinio* que rechaza las cláusulas pertenecientes a la primera categoría por vulnerar el sistema monetario que hemos descrito precedentemente e inculcar el régimen de curso legal y forzoso de la peseta, con excepción de las cláusulas de pago en especie o en las mercaderías que se acuerden que aproximan al contrato o una relación semejante al trueque o permuta, mientras que admite la licitud de las cláusulas comprendidas en el segundo grupo (153); con todo, interesa resaltar que la jurisprudencia ha adoptado un criterio elástico para interpretar las cláusulas oro en el sentido de entender que la verdadera intención común de las partes no ha sido el metal referido en el pacto sino aludir con su mención a un módulo objetivo de valor, y ha admitido, por consiguiente, su validez (154).

Ante esta concepción tan generalizada, que en esta sede no podemos sino compartir, es preciso llamar la atención, por lo menos, sobre tres aspectos diferentes. Por un lado, las dudas acerca de la admisibilidad de estas cláusulas resultan reforzadas por el nuevo principio programático de igualdad jurídica que proclama nuestro actual orden público económico, como sabemos, lo que confiere a las mismas un prudente carácter excepcional, con todas las consecuencias hermenéuticas que ello trae consigo; por otro lado, no hay que olvidar que estas cláusulas vienen frecuentemente impuestas de forma unilateral por una de las partes, por lo que en la interpretación y en la integración de su contenido es de aplicación la norma prevista por el artículo 1.288 del Código Civil de acuerdo con el

(153) Así, con pequeños matices diversos, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 237 y ss.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 336 y ss.; ALBALADEJO, *op. cit.*, páginas 44 y ss.; LACRUZ, *op. cit.*, págs. 53-54; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, páginas 366 y ss.; ciertas reservas manifiesta, como sabemos, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 406 y ss., pero acaba por admitir la opinión común; en contra de su admisibilidad en el tráfico interno, PELAYO HORE, *loc. cit.*; las rechaza, en general, la opinión aislada de VELASCO ALONSO, *op. cit.*, especialmente pág. 539; principal defensor de las mismas es ROCA SASTRE, *loc. cit.*; este mismo autor, en colaboración con PUIG BRUTAU: *Cláusulas de estabilización*, cit., pág. 258, advierte la proximidad aludida en el texto entre las cláusulas de pago en especie y similares y el esquema típico del trueque, lo que cabe extender también a las modalidades oro, plata y moneda extranjera, pues estos elementos sustituyen, de algún modo, al dinero. De aquí que, como señala BONET CORREA: *Las cláusulas de estabilización*, citado, pág. 115, estos tipos de cláusulas no son admisibles cuando el tipo legal exija un precio en dinero; por ejemplo, el artículo 1.455 del Código Civil. Criterio similar mantiene la jurisprudencia; así, las Sentencias de 31-11-1960, 23-2-1963, 30-10-1964, 2-2, 22-11 y 19-12-1966, 8 y 9-2-1967, etc.

(154) Así la tendencia iniciada por las Sentencias de 29-4-1946 y 23-11-1946, y reiterada por las de 9-1-1950, 28-11-1957 y 31-11-1962; últimamente *vid.* las Sentencias de 21-12-1970 y 28-1-1971, entre otras.

que se debe entender que sus términos oscuros no pueden favorecer a la parte que las ha impuesto (155); en fin, recordemos que su presencia en una obligación pecuniaria determinada no da a la misma la naturaleza jurídica de una deuda de valor, sino que, por el contrario, acceden las cláusulas de estabilización a los supuestos típicos de deudas de suma o cantidad de dinero en sentido estricto, tales como son, por ejemplo, el objeto del contrato de préstamo mutuo, el precio de la compraventa, las rentas de arrendamiento, el precio en los contratos de obra y suministro, las rentas en el contrato de renta vitalicia y en los censos (156). De aquí que la disciplina de la mora que hemos examinado no resulte modificada por el hecho de que intervenga una de estas cláusulas (157).

La técnica judicial de revalorización está ligada sólo indirectamente con el problema de la devaluación monetaria, la que lo pone en conexión con la cuestión general de la revisión de los contratos por el Juez ante fenómenos de alteración sustancial de las circunstancias, cuestión que excede ciertamente el objeto de este estudio (158). Interés reviste para nosotros señalar que la jurisprudencia ha aplicado en ciertos casos la tesis del riesgo imprevisible en supuestos de onerosidad excesiva y sobrevenida de la prestación, a los que no son ajenos los procesos de devaluación mone-

(155) Señala CANO MATA: «La interpretación de los contratos civiles», en *ADC*, 1971, págs. 193 y ss., especialmente págs. 200-201, que la jurisprudencia aplica este precepto en los supuestos de contratos de adhesión en los que puede concurrir, por supuesto, una cláusula de estabilización.

(156) Así, BONET CORREA: *Problemática*, cit., págs. 227 y ss.

(157) Entiende lo contrario, como lo hemos señalado en su momento, LACRUZ, *op. cit.*, pág. 55.

(158) Para esto, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 305 y siguientes; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, págs. 345 y ss.; ESPÍN, *op. cit.*, págs. 403 y ss.; ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 333 y ss.; Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 863 y ss.; CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, págs. 587 y ss.; importante para este punto es el trabajo de LENEL: «La cláusula *rebus sic standibus*», en *RDP*, 1923, págs. 193 y ss.; también el de LARENZ: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, traducción española por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Madrid, 1956; últimamente CID LOPIEZ: «Observaciones sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic standibus* ante las medidas devaluatorias en nuestro sistema monetario», en *RDP*, 1968, págs. 329 y ss.; FONCILLAS: «La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos», en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1974, págs. 39 y ss., y ESPERT: *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1978. En la literatura alemana reciente destaca FIKENTSCHER: *Die Geschäftgrundlage als Frage des Vertragsrisks*, München, 1971; en la francesa, además del clásico estudio de VOIRIN: *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Th., Nancy, 1922, *vid.* DELMAS-SAINT HILAIRE: *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques. La tendance à la stabilité du rapport contractual*, París, 1960, especialmente págs. 189 y ss.; en la italiana, aparte de SCADUTO: *I debiti pecuniarie e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, especialmente págs. 147 y siguientes, *vid.* últimamente TURNATURI: «Sacrificio economico del debitore e risoluzione per eccessiva onerosità», en *RTDPC*, 1973, págs. 125 y ss., y ROPPO: «Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e 'frustration of contract'», en *RTDC*, 1973, págs. 1239 y ss., que inciden indirectamente sobre el tema.

taria (159); asimismo, es frecuente que se admita la revisión del contrato por aplicación de la doctrina de la implícita cláusula *rebus sic standibus* a fenómenos devaluatorios, revisión que, si bien no es de índole resolutoria, se traduce en una modificación de su contenido, sobre todo cuando se trate de contratos de tracto sucesivo, en orden a ajustarlo a las nuevas circunstancias en las que se realiza el pago, siempre que concurren los presupuestos que la propia jurisprudencia ha señalado, a saber: alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del pago con respecto a las del momento constitutivo de la obligación; desproporción exorbitante entre las prestaciones en términos de derrumbar o aniquilar el punto de equilibrio inicial; existencia de circunstancias radicalmente imprevisibles y, por último, inexistencia de otro medio legal para corregir el perjuicio causado al acreedor (160). De acuerdo con esto, conviene destacar que lo que la jurisprudencia acepta no es, en rigor, una revalorización judicial de la obligación de dinero afectada por la devaluación del signo monetario en que se expresa, sino un simple reequilibrio de las prestaciones (161), lo mismo que cabe advertir en relación con la Ley 493.3 de la Compilación navarra de 1973 (162).

Por último, una referencia breve sobre las modalidades que presenta la técnica legislativa de revalorización en nuestro Derecho, las que pueden ser tanto del tipo ocasional como permanente. De la primera modalidad es la conocida ley denominada de desbloqueo de 7 de diciembre de 1939, dictada con ocasión de la guerra civil, de la que aquí no nos ocupamos (163), en tanto que las demás medidas de intervención legislativa en este sentido son de gran interés para nosotros, pues son de carácter permanente, aun cuando especial por razón de la materia. Una primera manifestación está referida a los contratos administrativos; así, el artículo 2 de la Ley sobre Contratos de Obras Públicas de 17 de julio de 1945 admitió la revisión de los precios, dentro de cuartos límites, a favor de los contratistas del Estado, lo que fue suprimido por Decreto de 13 de enero

(159) Así, la Sentencia de 18-3-1929, seguida por las de 2-3-1938, 5-7-1944 y 21-6-1946, según lo advierte BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *op. cit.*, págs. 236-237.

(160) Iniciada esta tendencia por las Sentencias de 14-12-1940 y 17-5-1941, tales requisitos han sido puntualizados, como se sabe, por las de 17-5-1957 y 6-6-1959; han sido reiterados, entre otros, por las de 26-3-1963 y 31-10-1963. Con todo, hay que señalar que las Sentencias de 30-6-1948 y 23-11-1962 aplican la doctrina de la base del negocio jurídico.

(161) Como bien lo advierte Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 465; con razón NICOLÒ, *op. cit.*, c. 42, calificaba de indirecta a esta técnica judicial de revalorización.

(162) Que menciona ESPÍN, *op. cit.*, pág. 81, como una expresión normativa de la técnica legislativa de revalorización.

(163) Para ésta, *vid.* CASTILLO: «La guerra y los contratos», en RDP, 1940, páginas 79 y ss.; MORO y HERNÁNDEZ GIL: *Validez de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la revolución*, Madrid, 1941; MARTÍN BALLESTERO, *loc. cit.*; últimamente, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 359 y ss.

de 1955 y reestablecido, por una sola vez, por Decreto-ley de 18 de enero de 1957; con todo, el mismo criterio de revisión limitada de precios está contemplado en el artículo 7, apartado segundo, de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (164). La normativa especial de arrendamientos rústicos presenta una relevancia muy singular por cuanto, además del principio de revisión de rentas, establece una escala móvil para la fijación de la misma cuyo índice objetivo de referencia, de conformidad con lo que dispone el artículo 7 del vigente Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, está constituido por el valor oficial del trigo, lo que tiene el doble propósito de controlar la cuantía de la renta y de revalorizarla de forma gradual y programada, en sustitución de los módulos que pudieran adoptar las partes por la inserción de cláusulas de estabilización en el contrato (165). En materia de arrendamientos urbanos, si bien se entendió que la legislación anterior a la del año 1956 impedía la existencia de tales cláusulas, la normativa vigente, establecida por Ley de 11 de junio de 1964, cuyo texto refundido ha fijado el Decreto de 24 de diciembre de 1964, se muestra favorable, también, al principio de revalorización de rentas que, según el artículo 100 de este último texto, es objeto de revisión periódica con arreglo al índice oficial del coste de la vida, lo que no obsta a que la autonomía privada, según la interpretación extensiva de la jurisprudencia, manifestada especialmente en sentencias de los quince últimos años, adopte de forma convencional otros módulos de actualización de las rentas, siempre que no constituyan cláusulas de elevación de las mismas, impuestas por el arrendador, en términos tales que hagan ilusorio el derecho de prórroga del arrendatario (166). En fin, el artículo 229, número tercero, del Reglamento Hipotecario, conforme con la redacción dada al precepto por el Decreto de 17 de marzo de 1959, establece que tienen acceso al Registro los préstamos hipotecarios provistos de escalas móviles a favor del acreedor que reúna las siguientes condiciones: duración mínima de tres años, fijación de la cantidad mínima de

(164) Aluden a esta disciplina HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 364, y ESPÍN, *op. cit.*, pág. 76 y ss., con alguna extensión.

(165) Por la rigidez del módulo oficial de revalorización esta técnica ha sido calificada de neonominalista por BONET CORREA: «Los arrendamientos con escala móvil», en ADC, 1955, págs. 99 y ss., especialmente pág. 140; es de señalar que se ha entendido con razón que esta normativa especial impide a la autonomía privada la inserción de cláusulas de revalorización diversas; así, Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 463, y LACRUZ, *op. cit.*, pág. 54, por todos.

(166) Vid. especialmente los comentarios de BONET CORREA en ADC, 1973, páginas 985 y ss., y 995 y ss.; 1974, págs. 466 y ss.; 1978, págs. 930 y ss., todos referidos al arrendamiento de local de negocio; la doctrina señalada en el texto es la que recoge la Sentencia de 9-2-1974, comentada bajo el título de «Nulidad de una cláusula de elevación de la renta en un arrendamiento de local de negocio», en ADC, 1974, pág. 1058; para una exposición completa, del mismo autor, *Arrendamientos urbanos con renta actualizada*, cit., *passim*; también RAJOY, *loc. cit.*, y ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 48.

responsabilidad y, lo que es más importante para nosotros, adopción de uno de los tres módulos de revalorización que la norma menciona, a saber: valor tipo, índice del costo de la vida y precio del oro (167).

De esta sumarisíma referencia cabe inferir algunos de los caracteres que presenta la técnica de revalorización legislativa en nuestro ordenamiento. Ante todo, es de señalar que estos datos positivos ponen de relieve que, dentro de su respectivo ámbito de aplicación, se admite el principio de revalorización de las deudas de dinero en el cuadro del sistema nominalista sin que por ello, como estos mismos datos lo revelan, el débito se transforme en una deuda de valor; de otra parte, hay que advertir que no siempre el legislador impone un módulo determinado de revalorización, sino que deja su concreción a la autonomía privada, bien libremente, bien dentro de un elenco preestablecido, y cuando la propia norma fija este módulo acude a la técnica de la escala móvil cuyo índice de revalorización está sujeto, de algún modo, a control oficial, técnica ésta que parece prevalecer, por lo demás, en el Derecho comparado (168); en fin, es de observar que la revalorización legislativa no se lleva a cabo mediante normas de alcance general, sino para determinadas materias en particular, lo que revela una clara valoración de los intereses en juego, en lo que concuerda, también, nuestro ordenamiento con los criterios que predominan en el Derecho comparado (169).

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Profesor adjunto de Derecho Civil

(167) Más detalles sobre este punto en ESPÍN, *op. cit.*, págs. 78-80; en particular, BONET CORREA: «Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización», en *RDN*, 1960, págs. 43 y ss., y MARTÍNEZ DE LA CUEVA: «Las cláusulas de estabilización del valor de la hipoteca», en *RCDI*, 1961, págs. 273 y ss.

(168) Así, la técnica de la *indexation* adoptada por el Derecho francés por la referida Ley de 1958; para una exposición de la misma, *vid.* MARTY-RAYNAUD, *op. cit.*, págs. 624 y ss., con referencias a los desarrollos de la jurisprudencia anterior favorable a las cláusulas índices; para una visión crítica, SAVATIER: *La nouvelle législation des 'indexations'*, *cit.*, *passim*, y DE LA MARNIERE, *op. cit.*, páginas 74 y ss., con referencias a la jurisprudencia más reciente que ha dado cierta elasticidad a los términos restrictivos de la normativa aludida; ésta admite, en suma, solamente cláusulas convencionales cuyo índice o módulo de revalorización esté en relación directa con el objeto del contrato o con la actividad de una de las partes, prohibiendo toda otra cláusula no autorizada expresamente por ley, si bien se han admitido, como advierte DE LA MARNIERE, *op. cit.*, págs. 56 y ss., en materia de rentas, de construcción en suelo ajeno, de comunidad conyugal, de edificación, de alimentos, de donaciones y de reparación de daños producidos en carretera.

(169) Así, también, la referida Ley italiana de 1973 en materia laboral; *vid.* sobre ésta PROTO PISANI: «Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo di lavoro», en *Foro it.*, 1973, V, c. 230 y ss.; PEDRAZZOLI: «Danno da svalutazione monetaria, interessi e 'mora solvendi' nelle obbligazione pecuniarie del datore di lavoro», en *Dir. lav.*, 1975, págs. 32 y ss., además de QUADRI, *op. cit.*, págs. 419 y siguientes.

NOTAS

Familia y Régimen Económico Matrimonial *

SUMARIO: 1. *La familia, unidad espiritual, social y política.*—2. *La familia, unidad económica.*—3. *Tendencias en los regímenes económico-matrimoniales: Variabilidad histórica. Libertad de capitulaciones matrimoniales. La sociedad conyugal como comunidad de bienes. Constatación registral de los pactos. Regímenes legales. Patrimonio familiar protegido.*—*Bibliografía actual y especializada.*

1. LA FAMILIA, UNIDAD ESPIRITUAL, SOCIAL Y POLITICA

La familia es célula de sociedades intermedias. Esto constituye un hecho histórico. Como tal, a lo largo de la historia misma, se ha visto reflejado en la cultura, en el arte y—para lo que nos importa—en las *formas jurídicas*. Quiere decirse que la familia contiene los datos humano-naturales, que emanan de algo más que la simple unión conyugal-sexual, y también del mero «consenso» contractual.

A otros efectos, en nuestra obra *La educación como empresa social*, Madrid, 1974, partiendo del matrimonio, decíamos que la familia es *unidad espiritual*, es un *orden sacral*, íntimo, que *no pertenece ni al Estado*, que *no es sólo* los cónyuges, ni los hijos. El marido y la mujer, en el fondo, no se pertenecen *a sí mismos*. La familia es *pertenencia de Dios*, y por eso, además de ser emanación de la obra creada es, en sí, *creación*, lleva el fervento *maravilloso creador*. No es sólo *descubrimiento* o invento, sino auténtico diseño de *fuerzas creadoras*.

Es *unidad social*, es *orden social*, *esquema de vida*; no es sólo un horario de la familia; una disciplina familiar, un rezo común o un convivir juntos, sino *sociedad*, y sociedad entera, aunque *incompleta* por naturaleza,

(*) Este trabajo es la síntesis o resumen de la ponencia presentada por el autor a las «IV Jornadas chilenas de Derecho natural». Universidad Católica de Santiago de Chile, 1979.

no *imperfecta*, sino insuficiente *per se*, para llenar todos los contenidos, ambiciones, vivencias o ansiedades humano-sociales.

De ahí que la familia sea además *unidad política*, célula social, motor de *sociedades intermedias*. Que hacia dentro, es decir, hacia lo más entrañable de lo humano, hacen al hombre más él—sí mismo—. Y de ahí cómo y por qué la *huella familiar* vaya a ser normalmente imborrable.

Pero hacia el *exterior*, esa célula de sociedades intermedias permite al hombre su radicación plena en lo que los griegos llamaban la *polis*, no la ciudad física, la ciudad residencia, sino la *polis* como expresión de una comunidad total de vida.

2. LA FAMILIA, UNIDAD ECONOMICA

Esa «trinidad unitaria» de aspectos—espiritual, social, política—para su operatividad funcional, recíprocamente, autoexigen un soporte material, económico, que partiendo del matrimonio mismo, haga posible su interacción en una sociedad civil. Es decir, el matrimonio *sacramento* posibilita los fines «espirituales», en el amplio sentido de la palabra, para la promoción de valores que la propia sociedad civil necesita. Pero la sobrevivencia de tal célula compleja, tanto en la órbita *interna*—familia—como en la *externa*—la propiamente comunidad política—requiere los medios y sistemas de acción.

Hasta el siglo del *maquinismo* la familia fue, además, *unidad económica*, en el sentido de *unidad de producción*, de trabajo y hasta de promoción social. La familia *es taller*, *es fábrica*, es trabajo, es tarea que tiende a heredarse, con esencia de lo familiar. El maquinismo, el siglo de las luces, la explosión del individualismo hacen inviable el telar o la orfebrería. Y se produce lo que el filósofo RADBRUCH llamó el *derrumbe de la familia* como unidad de producción y de trabajo. A lo sumo, en el oficio del cultivo de la tierra.

Sin embargo, la familia hoy *reflorece* como *unidad económica*, no como célula de producción, sino como *unidad consumidora*, es decir, en el papel inmenso a que apunta el sociólogo norteamericano SAMUEL LILLEYH «Hoy, y cada vez más, no importa *sólo*, *cuánto* y *cómo* se puede *producir*, sino quién y cómo va a *consumir* lo que se produzca.

Lo anterior va dicho no para descubrir ese «*techo económico*» de la familia, que hoy se presenta como problemático, sino para destacar su propia importancia. Y de una manera especial, para reconfirmar el hecho histórico, permanente y continuado, de la existencia de fórmulas diversas de un régimen económico matrimonial, soporte formal de otros logros o medios de cumplir sus funciones.

3. TENDENCIAS EN LOS REGIMENES ECONOMICO MATRIMONIALES

— *Variabilidad histórica*

No es del caso analizar aquí la *variabilidad histórica* de los regímenes matrimoniales, sobre los cuales se configura el presupuesto normal de la vida jurídica entre los cónyuges. Es necesario advertir que las *formas jurídicas como expresión* de ese régimen, han sido un reflejo de la propia cultura o civilización en que se ha movido la célula familiar. Pero también del grado de su «*personificación*» o «*protagonismo*» en una sociedad. El Derecho matrimonial romano, concebido sobre la «*patria potestad*», configuró las bases *iusnature* para que a medida de que la mujer y los hijos alcanzasen su puesto equilibrado en la familia, pudiera pensarse en unas relaciones económico-matrimoniales, situadas en su justa medida.

Con ello, queremos adelantar la idea, humano-cristiana, de que el *puesto de cada uno de los cónyuges entre sí*, y de ellos con los hijos, tiene uno de sus reflejos—no decimos el único—en ese régimen económico matrimonial.

— *Libertad de capitulaciones matrimoniales*

Es verdad que el fenómeno de «anticipación» de la emancipación, o fenómenos educativos exarcebados—por absorción en algunos casos de funciones educadoras de la familia por el Estado—, o fenómenos de nuevas formas de ahorro, previsión o seguridad social, parecen desplacen el sistema económico-matrimonial a un segundo plano. Pero, precisamente, razones de justicia social y de un mayor índice de vida, así como también la *toma de conciencia* de responsabilidades familiares, está haciendo que de nuevo aquel sistema cobre importancia.

La reforma italiana de 1975, que pasa de un sistema de separación de bienes a otro de libertad de pacto con presunción de comunidad, si no se hubieren hecho contrato matrimonial, es un dato. Diríamos, también, por experiencia profesional, que los países del tercer mundo, en los cuales, por razones religiosas o sociales, había pasado desapercibido el tema, vuelven los ojos—a medida que su *status* social se eleva—al planteamiento y preocupación por la *naturaleza* de los bienes aportados o *ganados al/por* el matrimonio.

Una primera conclusión brota aquí: las reformas legislativas que contemplan el matrimonio y la familia *ya no desconocen el hecho económico* consiguiente a la relación conyugal; ni cabe un «nihilismo» o marginación del tema. Es más, la familia se realza y se defiende mejor cuando esa

problemática se plantea abierta para descubrir de verdad cuáles son las *posiciones* de los cónyuges, y al tiempo en el propio contorno familiar.

Partiendo de esa conclusión, y una vez situado el papel de la mujer a la altura de su propia dignidad personal, el principio de *libertad de capitulaciones o contratos matrimoniales* es una tendencia generalizada. Es significativo, por ejemplo, que en España tal libertad sólo se mantenía en los regímenes jurídico-*forales* históricos, como Aragón, Navarra, etc., mientras que el régimen común o «castellano» sólo mantenía la posibilidad de pacto antes del matrimonio. Posiblemente por entender que el propio matrimonio daba un sentido coactivo a ulteriores mutaciones en las relaciones jurídicas entre los cónyuges. La reforma del Código Civil de 1974 y posteriores, siguiendo la línea europea que corrige los moldes napoleónicos excesivamente romanistas, ha dado entrada—como en la citada reforma italiana—al sentido de *libertad de pacto*.

— *La sociedad conyugal como comunidad de bienes*

Otra nota tendencial es que en los *regímenes legales*, como formas subsidiarias, se tiende a ampliar ese sentido de *comunidad de bienes*. La fórmula aragonesa, por la cual incluso se exige la renuncia expresa del viudo a enajenaciones hechas por ambos cónyuges a su derecho expectante de viudedad—y que puede parecer innecesario—, revela el sentido de adscripción comunitaria de los bienes, cuya titularidad no es exclusivamente personal o individual. El sistema alemán de patrimonios separados, con comunidad a su disolución, revela igualmente parecida nota tendencial.

Es verdad que en el mundo anglosajón la tónica generalizada ha sido el sistema de separación de bienes, que ofrece una mayor independencia y libertad. Pero no se olvide que el derecho *dominical* inglés, no tiene el diseño de adscripción de plena propiedad que en el Derecho romano, a todos los efectos. Las *tenure*, son formas de «posesión indefinida», pero no de adscripción de soberanía patrimonial, y eso influye también—aparte de raíces históricas en el contrapunto europeo—a la hora de la presunción legal de la naturaleza de los bienes.

— *Constatación registral de los pactos*

Finalmente anotemos la tendencia a la *constatación publicitaria* y registral de los contratos con ocasión del matrimonio, antes o durante, así como las consecuencias para *terceros* de uno u otro régimen matrimonial, sea legal o contractual. Pese a los medios económicos de previsión, ahorro y seguridad social antes anunciados, el *patrimonio familiar* sigue teniendo vigencia a medida que todas las clases sociales acceden a la propiedad, bien sea en el área de lo urbano—la vivienda, primera o segunda—como

habitat en el que la familia vive y convive, o en el área *rústica* o *industrial* como instrumentación financiera de medios y recursos, sobre todo en la pequeña y mediana empresa protegible.

— *Regímenes legales*

Las capitulaciones matrimoniales, pues, no son meros contratos de compromiso o dotación a los futuros esposos, como fórmula paternal. Y los regímenes legales, en ausencia de los anteriores, no son meras manifestaciones circunstanciadas. Precisamente las corrientes «divorcistas», con los efectos entre los cónyuges y en los hijos, obligan a reforzar, al menos en su origen, los lazos jurídico-económicos del entorno familiar. Desde la comunidad universal holandesa, a las «sociedades conyugales» mínimas del entorno latino, puede decirse que las tendencias actuales, precisamente porque la familia sigue siendo unidad de trabajo y de esfuerzo común, van en esa línea «comunitaria».

— *Patrimonio familiar protegido*

Diríamos, al menos, en aquellas tendencias en las que se refleja el sentido natural y cristiano de una posición que respete la dignidad personal de los cónyuges, que destaque el esfuerzo común de aquéllos para la sobrevivencia matrimonial y de los hijos, y que, igualmente, permita promover instrumentos de seguridad jurídica y de publicidad registral de tales regímenes jurídicos, con respecto al tráfico jurídico inmobiliario o mercantil, al ahorro, al crédito y al patrimonio familiar, que fiscalmente debe ser protegible singularmente en el orden agrario, a través de las llamadas «explotaciones agrarias familiares», aunque algunos modernos intentos corren el riesgo de acentuar la «rentabilidad de la tierra», erosionando el sentido familiar, o hereditario, de ese mismo patrimonio.

En definitiva, por el instituto del régimen económico-matrimonial se destaca, una vez más, el sentido de la *unidad familiar* y su contenido moral y material, si es que no se quiere caer indirectamente en modelos de sociedad no humanistas.

JESÚS LÓPEZ MEDEL

BIBLIOGRAFIA ESPECIALIZADA

Dados los límites de esta comunicación, con la brevedad que impone el planteamiento sintético de la misma para su discusión, hemos omitido, a lo largo de aquélla, referencias bibliográficas concretas. Sin embargo, como aportación final, nos ha parecido oportuno reseñar, en este apartado final—además de una referencia genérica a los estudios de los maestros LACRUZ BERDEJO y Díez-PICAZO—, unos estudios que tienen rigor monográfico y muy actual sobre el Derecho de Familia y que se contienen en los volúmenes II y III del *Libro-homenaje a Ramón María Roca Sastre*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Madrid, 1976:

CASTÁN VÁZQUEZ: *Algunas cuestiones actuales del Derecho de Familia*, vol. II, página 585.

GARCÍA CANTERO: *El Derecho de Familia en los países socialista del Este europeo*, ídem, pág. 615.

DE FUENMAYOR (Amadeo): *Los «slogans» divorcistas*, ídem, pág. 631.

BLOCH RODRÍGUEZ: *La última reforma del Derecho de Familia* (normas civiles de la Ley de 2 de mayo de 1975), ídem, pág. 645.

SANZ FERNÁNDEZ: *La situación de la mujer casada en Derecho Civil* (observaciones sobre la forma del Código Civil por Ley de 2 de mayo de 1975), ídem, pág. 751.

DE LA CÁMARA ALVAREZ: *Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial*, ídem, pág. 989.

RODRÍGUEZ ADRADOS: *Las compras de la mujer casada*, vol. III, pág. 13.

ESPÍN CÁNOVAS: *La gestión del hogar y la administración de los bienes comunes por los cónyuges* (perspectivas para una reforma del Código Civil español), ídem, pág. 243.

Significado de un Código de la Familia *

Suele aceptarse con carácter general, que el Derecho es una manifestación social, en el sentido de que sólo surge y opera en las agrupaciones que calificamos como *sociedades*. Ciertamente, no faltan defensores de ver en el Derecho una actividad de lo singular humano, para el cual resulta irrelevante una presencia colectiva. Así se ha expresado, por ejemplo, STROCHAMMER, en su *RobinsonRecht* (1). Pero no es menos cierto que tal posición metodológica parte de un enfoque completamente falso, pues toma como punto de partida el Derecho existente y sentido por un hombre que, aislado posteriormente, continúa su vida con criterios en que ha sido educado y que, por ello, forman parte de su modo de actuación.

Forma social de hacer las cosas (*ubi societas, ibi ius*), pero no forma colectiva. Los grupos humanos que calificamos, quizá un tanto ligeramente, de entidades comunales primitivas (*gens*, *sippe* original, *oikós*, etc.), adecuán, ciertamente, su comportamiento individual a cánones; pero la conformación rígidamente jerárquica y totalitaria de esos colectivos, que les lleva a la supresión (real o fingida: muerte o expulsión) del individuo infractor, no ha alentado a los estudiosos a hablar de la presencia de un Derecho. La razón elemental es, que la existencia de lo único, el colectivo, excluye lo jurídico. Lo razona perfectamente GUASP, cuando escribe: «en el Derecho, el uno no cuenta, dentro de una posición jurídica, si no es completado por el otro, al que la misma proporción se tiene inmediatamente que referir. El esquema fundamental de todo ingrediente material

(*) Comunicación a la XXI Conferencia Interamericana de Abogados, San Juan de Puerto Rico, agosto 1979. Comité V. Sección A.

(1) «RobinsonRecht», en *Intern. Zeits. f. Theorie d. Rechts*, B. XI, 1937, páginas 281 y ss., en cita de FROSINI, V.: *La estructura del Derecho*, trad. Pérez Luño y Magaldi Paternostro, publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1974, *Studia Alabortiana*, vol. XVIII, págs. 54-55.

jurídico se encierra precisamente en esta última e inevitable copulación. Y así, el análisis más tenaz y diligente de cualquier estructura de Derecho, cuando llega a esa dualidad elemental del uno y del otro, tiene que detenerse por fuerza; pues, más allá de ella, disociado materialmente de sus dos miembros, no sigue manejando una masa jurídica, sino que recoge una sustancia distinta que ha perdido todo carácter de Derecho netamente tal» (2). Por eso, donde el uno es absorbido y para existir como tal debe estar adscrito al *oikós* o a la *fratría*, no cabe hablar de Derecho; la comunidad así entendida excluye lo jurídico, que sólo es viable en la vida societaria, ya que en ésta es donde puede aparecer una relación interindividual, dirigida a poner en contacto, que pone ella misma en contacto y por eso nace, los dos términos subjetivos de referencia.

Se explica, por ello, que la historia del Derecho sea un proceso de *generalización* de la individualidad, referida inicialmente al propio grupo en su exteriorización (*paterfamilias*), hasta culminar en la estructura económica capitalista, la cual, como supo expresar MARX en su elogio del sistema, manifiesta su belleza y su grandeza «precisamente en este metabolismo material y espiritual, en esta conexión que se crea naturalmente en forma independiente del saber y de la voluntad de los individuos y que presupone precisamente su indiferencia y su independencia recíprocas. Y seguramente esta independencia material es preferible a la ausencia de relaciones o a nexos locales basados en los vínculos naturales de consanguinidad, o en las [relaciones] de señorío y de servidumbre...» (3).

La presencia de la individualidad, que en cuanto generalización de todos los hombres como sujetos sólo es factible en la vida societaria (la *cives*, referida a todo el Imperio, con CARACALLA, no es sino la expresión formal de la realidad social devenida mucho antes), explica la expansión de lo jurídico como instrumento de solución de conflictos económico-sociales. El sistema de producción capitalista, como expresión máxima de ese individualismo que trasluce la estructura formal de las relaciones de producción, es el que mejor ha plasmado el Derecho como instrumento dirigido a tal fin, al expresar las relaciones humanas por medio del valor en cambio de las mercancías, por ser fuente que crea la universalidad y la multilateralidad de las relaciones y habilidades del sujeto social, el hombre. En las relaciones que se expresan mediante un valor de cambio (cuyo paradigma lo es el dinero), todos los vínculos ajenos a esa expresión son desgarrados, generalizando la independencia formal de los sujetos.

«La premisa fundamental de la reglamentación jurídica es, por consi-

(2) *Derecho*, Madrid, 1971, pág. 14.

(3) MARX: *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (borrador)*, 1857-1858, trad. Arico, Murmis y Scaron, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2.ª ed., 1975, I, págs. 89-90 de la traducción, 79-80 del original.

guiente, el antagonismo de los intereses privados. Y éste es, al mismo tiempo, el presupuesto lógico de la forma jurídica y la causa real del desarrollo que toma la superestructura jurídica. La conducta de los hombres puede ser regulada por la normas más complejas, pero en esta reglamentación el momento jurídico comienza allí donde comienza el aislamiento y la oposición de intereses... La unidad de fines, por el contrario, constituye la premisa de la reglamentación técnica. Por ello, las normas jurídicas que regulan la responsabilidad de los ferrocarriles presuponen exigencias privadas, intereses privados diferenciados, mientras que las normas técnicas que regulan el tráfico presuponen un fin unívoco que no es más que la consecución de la máxima capacidad de transporte. Tenemos otro ejemplo: la curación de un enfermo presupone una serie de reglas tanto para el enfermo como para el mismo profesional médico; pero dado que tales reglas son establecidas desde el punto de vista de un único fin—la curación del enfermo—tienen un carácter técnico. La aplicación de esta regla está acompañada por cierta limitación con respecto al enfermo, pero si esta constricción es considerada desde el punto de vista de un mismo fin (idéntico para quien la ejercita y para quien la padece) no es más que un acto que tiene una finalidad técnica y nada más. Entre estos límites, el contenido de las reglas está fijado por la ciencia médica y cambia con el avance de la misma. El jurista, en el fondo, no tiene nada que hacer. Su función comienza donde estamos obligados a abandonar este terreno de la univocidad del fin y pasamos a un punto de vista diferente, el de los sujetos aislados y contrapuestos entre sí y donde cada uno de ellos es portador de intereses privados. El médico y el enfermo se convierten entonces en sujetos de derechos y de obligaciones y las reglas que les unen se convierten en normas jurídicas...» (4).

Admitido lo que precede como adecuado, ¿qué significado puede darse a la tendencia que se va generalizando, para plasmar las relaciones familiares en un Código propio?

Cuando el modo de producción feudal fue formalmente superado por el capitalista, la burguesía procedió a instrumentar un esquema jurídico que se adecuare a las exigencias del propio sistema, remitiendo a una estructura jurídica distinta la regulación de las relaciones no capitalistas. Recordemos que, en muchos países, los Códigos de Comercio se adelantaron a los Códigos Civiles. Era natural que los comerciantes reclamasen su propia organización legal, pero supieron respetar (?) la organización de otras relaciones no fijadas por la idea de relación de cambio.

El desarrollo del capitalismo ha provocado que, generalizadas las relaciones sociales como relaciones de cambio (ya va siendo frecuente que

(4) PASUKANIS, E.: *Teoría general del Derecho y Marxismo*, trad. Zapatero, Ed. Labor, Barcelona, 1976, pág. 67.

los antes «favores» entre miembros de familia sean objeto de pago en dinero, desapareciendo el favor y siendo sustituido por el dinero como manifestación del nuevo modo de expresión de la relación misma), se haya impuesto plenamente la noción del *homo oeconomicus*, que «asimila todo hombre al comerciante y construye para todos los hombres un Derecho que es adecuado tan sólo para comerciantes» (5).

Por consecuencia, cabe plantear como hipótesis de trabajo:

a) ¿Significa codificar el Derecho familiar introducir en las relaciones familiares el conflicto de intereses como criterio general? (en cuanto reconocimiento, obviamente, de la existencia de dichos conflictos).

b) La «mercantilización» del Derecho, ¿implica introducir en las relaciones jurídico-familiares la noción de valor en cambio?

Se ha dicho, y es cierto, que el Derecho va detrás de la vida social. Por consecuencia, si el Derecho debe regular las relaciones familiares, puede aceptarse que esa «intrusión» jurídica deriva de que, ya, las relaciones de familia son conflictivas. Por ello, regular esas relaciones significaría nada más que aceptar una realidad, buscando consiguientemente, la mejor solución jurídica al respecto.

Ahora bien, si damos a la expresión *Código* el sentido que se le ha atribuido, o pretensión de regulación estable y prorrogada a un dilatado futuro, *codificar* el Derecho de familia, ¿significará dar permanencia dilatada a una concepción de las relaciones familiares como conflicto constante que busca soluciones individuales?

Ambas cuestiones pueden tener relevancia, no tanto por su propia realización, como en función de las razones que suelen esgrimirse para provocar esa codificación. Pueden servirnos los argumentos manifestados en los I y II Congresos Mundiales de Derecho Familiar y Civil, celebrados en México (1977) y Madrid (1978), que centraron todas sus labores en la «protección de la familia». Aquí es donde, en mi opinión, puede surgir una contradicción que merece la pena ser considerada, bien para superarla en una síntesis prospectiva, bien para manifestarla francamente y no con recursos al escondite ideológico.

Concebida la familia como un grupo coherente, proteger *la familia* significa concebirla—pienso, al menos—tomarla en consideración como tal entidad. Por consiguiente, superando las relaciones interindividuales que puedan darse entre sus miembros. En cuyo caso, una reglamentación dirigida a proteger a la familia debiera consistir en una reglamentación técnica, en el sentido de PASUKANIS; lo que implicaría investigar el fin de la fami-

(5) NOVOA MONREAL, E.: *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Ed. Siglo XXI, México, 1975, pág. 111.

lia misma, como factor de cohesión de las relaciones habidas entre sus miembros, instrumentando, sí, una normativa que regule las relaciones que puedan surgir, como generadores de conflictos de intereses, entre el propio fin familiar y otros fines de los sujetos que puedan ponerse en relación con esa familia. La normativa, pues, debiera pensarse para regular las relaciones externas de la familia misma, siendo la normativa una de carácter tal que la familia se hallase realmente protegida.

Por el contrario, la legislación familiar, en códigos o no códigos, nos ofrece un panorama muy distinto, pues es una normativa dirigida a resolver los conflictos entre los miembros familiares mismos. Y, si tomamos en consideración que la familia actual se integra, fundamentalmente, por la pareja que engendra y su descendencia, reducida cada vez más a un mínimo, ese Derecho de familia es expresión de los conflictos que surgen entre los cónyuges y los hijos. Ciertamente, no aludo a nada nuevo. Relaciones conyugales y paterno filiales, con o sin relaciones cuasi familiares, es la temática tradicional del Derecho familiar. Lo nuevo que hay que reconocer es, que mientras la regulación tradicional iba referida fundamentalmente a una gestión patrimonial base de la familia (siquiera debe reconocerse que la ventaja otorgada al marido administrador era consecuencia de una noción familiar jerárquica hoy sin sentido), la regulación que actualmente se manifiesta está pensada para todo tipo de relaciones. Y si toda relación entre los miembros es objeto de regulación jurídica, debe admitirse que la realidad social nos ofrece una familia cuyos miembros pugnan desde planos de intereses, no ya distintos, sino contrapuestos. Alentar, mediante el recurso al Derecho, esa pugna (función garantizadora de lo jurídico), puede significar, naturalmente, hacerla eje de las relaciones familiares (función conformadora de lo jurídico). Con ello me parece claro que el resultado último tiene que ser la desaparición de la familia, que viene a ser sustituida por unas relaciones interindividuales, ya sí, basadas en la noción de valor de cambio.

Naturalmente, no habría razón de peso alguna por la que la familia hubiera de permanecer dentro de un sistema de producción que solamente reclama la presencia de individuos, para generalizar la esencia del propio sistema. Esto, en principio, preocupante o no, no es sino plasmación de una realidad. Lo preocupante puede ser el marco ideológico en que se produce, que lleva a una reglamentación de intereses que disuelve la familia a largo plazo bajo la excusa de que esa reglamentación se piensa en función de la protección de la familia. Es protección de los intereses de sus miembros, concebidos como sujetos abstractos, pero no es protección de unos fines supraindividuales en que dichos individuos se organicen unos para con los otros. Y, puestos a ser exigentes, esa regulación, al insertar a los miembros del grupo familiar como sujetos abstractos en el

medio social en que están inmersos, no puede estar pensada para proteger a los mismos miembros, sino para situarles, en su condición de sujetos, en un universo de relaciones de cambio. Esto es, dicho ya, convertir en «comerciantes» a los miembros del grupo familiar, luego para adscribirlos al centro de producción del sistema económico: la empresa.

En efecto, no tendría sentido una reglamentación propia e independiente de la familia, si la finalidad última no fuese separarla del núcleo del Derecho civil—de lo poco que, al menos en apariencia, queda del Derecho civil—; finalidad que, en cuanto ha de debilitar la energía de esta rama del Derecho, debe, por correspondencia, reforzar las otras dos grandes ramas sustantivas del sistema jurídico: las relaciones mercantiles y las de trabajo. Se explica, así, que las reformas que vamos viendo en torno al Derecho de familia, tiene precisamente como perspectiva consolidar las relaciones de los miembros respecto de terceros que han absorbido las funciones de la vieja familia: centro de producción y de consumo (empresa).

¿No sería dable una regulación jurídica a favor de la familia, para preservarla de su medio disociador? ¿No es dable la relevancia de un fin de conjunción de intereses? Podría pensarse inicialmente, que los hijos pueden ser considerados, en cuanto vistos en sus intereses, como tal fin. Abunda la legislación y la jurisprudencia que, por función de los hijos, subordina los posibles derechos de los padres. No se crea, sin embargo, que esa noción de fin responde a la propia familia, sino, por el contrario, usa de los hijos haciéndolos eje del conflicto de intereses habido entre los padres, en lugar de hacer a los hijos eje del concurso entre los padres. La imperativa intervención del Estado no significa otra cosa, sino que ese concurso está completamente ausente. No deja de ser curioso, tristemente curioso, que todos los estudios psicológicos, sociológicos y demás «ógicos» que hemos inventado, por responder a lo que WRIGHT MILLS denunció como sofismas que alimentan el fetiche del empirismo vulgar en las ciencias sociales, vienen en concluir en una mayor tensión y ruptura del núcleo familiar, por el recurso a sujetar al individuo a la sociedad, desarraigándole de los colectivos intermedios, deteniendo sus investigaciones precisamente allí donde la investigación teórica comienza a tener relevancia práctica (PUENTE OJEA). No cabe, pues, usar de los mismos—al menos, mientras se mantenga su enfoque—para indagar acerca del hallazgo de fines que permitan sustituir la regulación jurídica por una reglamentación técnica.

Ciertamente, no se trata de volver a los viejos moldes familiares, que absorbían los «derechos» de los miembros en el reconocimiento de únicas facultades a alguno de dirigentes (padre, madre, entendidos en sentido amplio), sino, por el contrario, usar de la ciencia, puesto que ya se puede, para intentar captar esos fines de la familia, orquestarlos y usar del De-

recho para defenderlos frente a todo, convirtiendo a esa familia en propio sujeto, y alentando la orquestación de las relaciones entre sus miembros con significado científico técnico. No se tratará, pues, por poner un ejemplo, de impedir los divorcios, sino de hacerlos imposibles de surgir en sus causas, que, en buena medida son ajenas a la propia familia; no se trata de subordinar a un miembro de la familia a los restantes componentes, sino de facilitarles una convivencia armónica. Se pretende, en suma, sustituir en la familia la noción egoísta del individuo actual, por la de la solidaridad en función de fines propios, solidaridad que, por presuponer al propio individuo, ni le agota ni se agota en él; que lo erige en auténtico sujeto, en vez de presentarlo *formalmente* como tal para convertirlo en verdadero objeto.

Venga un Código de la familia concebido como Derecho social, esto es, reglamentación técnica—por consecuencia, nada jurídica—, que pueda enfrentar con éxito la familia a la sociedad, no ya para que aquélla triunfe sobre ésta—lo cual sería imposible actualmente—, sino para evitar que ésta triunfe sobre aquélla.

Debo recordar una expresiva frase pronunciada por—si no recuerdo mal, pues no tengo intención de atribuir culpas a nadie—MANUEL BROSETA PONT, en el II Congreso Mundial de Derecho Familiar y Civil, ante la «queja» de TERESA PUENTE MUÑOZ acerca del trabajo de la mujer: «Que trabajen, que trabajen; la sociedad española no puede consentir, con una población femenina que raya en el cincuenta por ciento, que los varones las sostengan». La cita es de memoria, por lo que lo que puede valer es la idea y no la forma de expresarla. Y la idea es clara: deben multiplicarse las relaciones de cambio.

Que todo sujeto inmerso en la vida social sea considerado por su actividad productiva o útil, nadie debe negarlo; pero que su actividad se determine por él mismo en sus relaciones con los otros miembros sociales. No cabe someterle al régimen de producción como objeto del mismo (trabajo), sino como sujeto.

¿Estamos en condiciones de acometer esta labor? Creo que, objetivamente, disponemos ya de los medios adecuados. Dudo, no obstante, de que su desarrollo haya llegado a un nivel en que podamos disponer de la fuerza para ello. Si esto es cierto, habrá que dar la bienvenida a un Código de la Familia, como mal menor, pero, siempre, reconociendo que será un Código contra la familia. Si no es cierto, maldito sea ese Código familiar, que surgirá, entonces, como un obstáculo más en el derrotero de erigir un sistema de convivencia social en que los valores proclamados lo siguen siendo formalmente, sin transcendencia real para la mayoría de los seres humanos.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. DEBEN SER TENIDOS EN CUENTA AL CALIFICAR LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS OPORTUNAMENTE PRESENTADOS, SI LOS MISMOS DETERMINAN LA NATURALEZA Y «STATUS» DE LA PERSONA JURÍDICA OTORGANTE DEL TÍTULO SOMETIDO A CALIFICACIÓN, ASÍ COMO LA CAPACIDAD Y FACULTADES DEL REPRESENTANTE, SIN SER NECESARIA ESCRITURA PÚBLICA DE RECTIFICACIÓN EN QUE SE RECOJAN TALES CIRCUNSTANCIAS; AUNQUE ÉSTAS SEAN ESENCIALES O DE INTERÉS QUE CONSTEN EN LA ESCRITURA, SI NO HA HABIDO ERROR EN LA COMPARECENCIA, NO SE HA INFRINGIDO PRECEPTO REGLAMENTARIO NOTARIAL ALGUNO Y LOS DOCUMENTOS APORTADOS NO ORIGINAN MODIFICACIÓN SUBJETIVA DEL OTORGANTE Y SÍ SOLAMENTE UNA CONCRECIÓN O DESARROLLO DE LOS DATOS RELATIVOS A SU «STATUS» JURÍDICO. EN EL CASO CONCRETO, LA ESCRITURA CALIFICA A LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA DE MADRID COMO INSTITUCIÓN DE BENEFICENCIA PARTICULAR, RECONOCIDA COMO TAL POR R. O. E INSCRITA EN EL REGISTRO DEL MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN, CUANDO DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS POSTERIORMENTE RESULTA QUE DICHA ASOCIACIÓN ESTÁ INTEGRADA EN LA FEDERACIÓN

NACIONAL DE LAS ASOCIACIONES DE PRENSA DE ESPAÑA, DENTRO DEL RÉGIMEN DE LAS ORGANIZACIONES PROFESIONALES SINDICALES, Y SOMETIDA A LA LEGISLACIÓN ESPECIAL SINDICAL.

Resolución de 16 de septiembre de 1977 (B. O. del E. de 11 de octubre de 1977).

Antecedentes de hecho.—El 26 de julio de 1976 la Asociación de la Prensa de Madrid otorgó escritura de compraventa con pacto de retro a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, autorizada por el Notario de la capital don Juan José Gil García, con el número 751 de su protocolo, en virtud de la cual la citada Asociación vende a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid el edificio denominado Casa de la Prensa, situado en la plaza del Callao, número 4, de esta capital, e inscrita en el Registro de la Propiedad número 5 de la misma, reservándose la facultad de retraer durante dos años, siendo el precio de 375 millones de pesetas, compareciendo en la escritura, en nombre de la Asociación de la Prensa, su Presidente, don Lucio del Alamo Urrutia, con poder que le fue conferido por escritura autorizada el 22 de julio de 1976 ante el mismo Notario, en la que se recogen los acuerdos en este sentido adoptados por la Asociación en la Junta general celebrada el 10 de diciembre de 1975; que en la referida escritura de compraventa se declara que la Asociación de la Prensa de Madrid es una institución reconocida como de beneficencia particular por la Real Orden de 10 de febrero de 1905, e inscrita en el Registro público correspondiente del Ministerio de la Gobernación.

Con fecha 14 de octubre de 1976 se presentó en el Registro de la Propiedad número 5 de Madrid la anterior escritura de compraventa con pacto de retro, acompañada de la escritura de poder ya citada y de una certificación expedida el 27 de septiembre de 1976 por el Jefe del Servicio de Fundaciones y Asistencia Privada del Ministerio de la Gobernación, en la que se transcriben los Estatutos de dicha Asociación y se acredita su carácter benéfico particular, causando dichos documentos el correspondiente asiento; como consecuencia de notificación verbal de los defectos advertidos formulada por el señor Registrador de la Propiedad, de conformidad con su cotitular, dichos documentos fueron retirados por el presentante el 16 de noviembre siguiente para su subsanación, habiendo sido devueltos con fecha 9 de diciembre, con una instancia suscrita por don Agustín Cases Pérez, como mandatario verbal de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, de fecha 30 de noviembre del mismo año, acompañada de los documentos que en la instancia se relacionan, y que son los siguientes: certificación del Jefe de la Sección de Actividades de la Dirección General de Política Interior del Ministerio de la Gobernación, que da fe de que la Asociación de la Prensa de Madrid no aparece inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones de dicho Ministerio; certificación del Secretario del Registro Central de Entidades Sindicales, acreditativa de la constancia en dicho Registro de un protocolo relativo a Asociaciones de Prensa de España y su Federación Nacional, así como fotocopias autenticadas de las bases de integración y regulación sindical de las Asociaciones de la Prensa y su Federación Nacional y Estatutos de esta última aprobados por Orden de 9 de mayo de 1964, en la que se indica que las Asociaciones de la Prensa y

su Federación Nacional «quedarán vinculadas a la Organización Sindical» (base 2.ª) y «tendrán la personalidad jurídica correspondiente a las Asociaciones profesionales o agrupaciones profesionales, integradas en el Sindicato correspondiente y excluidas, por tanto, del Decreto que regula el ejercicio del Derecho de Asociación, de 25 de enero de 1941» (base 3.ª); certificación del Secretario del Sindicato Nacional de Información, acreditativa de que la Asociación de la Prensa de Madrid está integrada en la Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa de España, y, por último, un ejemplar del Reglamento de Régimen Interior de la Asociación de la Prensa de Madrid.

El señor Registrador, a la vista de la documentación enumerada, estimó que debía suspenderse la inscripción de la escritura de compraventa de 26 de julio de 1976, que fue calificada con los siguientes defectos:

«Primero.—No resultar acreditada la personalidad de la Entidad vendedora, Asociación de la Prensa de Madrid, con la correspondiente certificación de su inscripción en el Registro de Asociaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley de 24 de diciembre de 1964, sus disposiciones transitorias y artículos 6.º y 9.º, 3, del Decreto de 20 de mayo de 1965.

Segundo.—No acreditarse tampoco que la Junta general de dicha Asociación, celebrada el día 10 de diciembre de 1975, a la que hace referencia la escritura de poder acompañada, en la que basa su representación el Presidente de su Junta directiva, tuviese el carácter de extraordinaria y la concurrencia en ella del quórum de asistencia y votos favorables que exige el artículo 10, 3.º, del Decreto de 20 de mayo de 1965, en relación con el 6.º de la citada Ley, ni intervenir en el otorgamiento de la escritura el Censor de dicha Asociación, como expresamente lo exige el artículo 29, 3.º, de sus Estatutos de 10 de marzo de 1895, transcritos en la certificación expedida con fecha 27 de septiembre de 1976 por el Jefe del Servicio de Fundaciones y Asistencia Privada del Ministerio de la Gobernación que se acompañó a la escritura.

No se han tenido en cuenta, conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 97 de su Reglamento, los documentos que acompañaban a la instancia que se menciona al principio de esta nota, por no ser subsanatorios de defectos advertidos, sino modificativos del elemento subjetivo de la relación jurídica formalizada en la escritura que se califica, por cuanto de ellos resulta alterada la personalidad de la Entidad vendedora, Asociación de la Prensa de Madrid, alegándose, respecto de ella, un *status* legal distinto, no conocido por la otra parte contratante ni tenido en cuenta por el Notario autorizante para apreciar su capacidad, a cuyos efectos es necesario un documento auténtico conforme a lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria.

Los defectos advertidos se estiman subsanables.»

Don Florencio Aráez Martínez, Procurador de la repetida Caja, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó:

Que no puede aceptarse el criterio mantenido en la nota de no tener en cuenta los documentos que acompañaban a la instancia solicitando la inscripción, por no considerarlos auténticos, ya que la autenticidad de los mis-

mos es indudable si se examinan los artículos 2.º y 3.º de la Ley Hipotecaria y el 34 de su Reglamento, a la vista de los cuales, dentro del concepto de documento auténtico, tienen cabida cuantos documentos emanen de un funcionario competente para expedirlos y sirva de título al asiento que se practique, tanto en lo que se refiere a su contenido objetivo como a su contenido subjetivo o elemento personal del contrato; que no obstante tal rechazo, el funcionario calificador admite como auténtico y complementario de las escrituras, sin formular reparo alguno, el certificado expedido el 27 de septiembre de 1976 por el Jefe del Servicio de Fundaciones y Asistencia Privada de la Dirección General de Asistencia Social del Ministerio de la Gobernación; que esta contradicción en que incurre la nota calificadora, admitiendo la autenticidad de un documento y negándola a otros igualmente auténticos, constituye una grave infracción de nuestro Ordenamiento jurídico; que si toda calificación registral puede y debe ser independiente de otra anterior, no puede, en cambio, ser independiente o contradictoria respecto a sí misma sin conculcar los principios generales del derecho, uno de los cuales está contenido en el axioma jurídico de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos»; que cada uno de los documentos auténticos rechazados como tales, y que el Registrador ha rehusado calificar, gozan de la misma autenticidad que la certificación administrativa admitida por ellos; que, por otra parte, en la fecha del otorgamiento de la escritura cuya inscripción se debate, el régimen jurídico de las Asociaciones de Prensa de España y su Federación era el de las Organizaciones Profesionales Sindicales y estaba constituida por las bases de integración y regulación sindical de las Asociaciones de la Prensa y su Federación Nacional y por los Estatutos de dicha Federación, disposiciones éstas cuyas fotocopias autenticadas y certificaciones pertinentes constituían parte de la documentación complementaria acompañada a la escritura; que, según estas disposiciones, la Asociación de la Prensa de Madrid goza de personalidad y capacidad jurídica suficiente para la administración y disposición de su patrimonio, gozando de autonomía funcional; que esta capacidad jurídica y de obrar de la Asociación de la Prensa se deduce también del Reglamento de Régimen Interior, de cuya vigencia certifica el Secretario del Sindicato Nacional de Información; que la Asociación de la Prensa de Madrid está excluida del régimen común de Asociaciones del Ministerio de la Gobernación, y así lo dispone la propia Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, en su artículo 2.º y en la disposición adicional primera, y por ello han de considerarse improcedentes los puntos primero y párrafo primero del segundo de la nota calificadora; que la exigencia de intervención del Censor en el otorgamiento de escrituras públicas que establecía el artículo 29 de los Estatutos de la Asociación es hoy inoperante, puesto que la norma estatutaria válida y eficaz de la Asociación de la Prensa de Madrid, vigente el 26 de julio de 1976, es el Reglamento de Régimen Interior, sin que sea admisible que una Asociación pueda regirse por normas estatutarias diferentes y en muchos puntos contradictorias; que, en cuanto a la duda de si la Junta de 10 de diciembre de 1976 tuvo el carácter de ordinaria o de extraordinaria, desaparece totalmente, teniendo en cuenta que el artículo 21, párrafo segundo, de los Estatutos de la Asociación dice que serán ordinarias las Juntas que obligatoriamente han de celebrarse en enero, abril, julio y octubre, y extraordinarias, todas las demás, por lo que

la Junta celebrada el 10 de diciembre de 1975 hubo de tener necesariamente el carácter de extraordinaria.

El Registrador de la Propiedad, de conformidad con su cotitular, informó: que el recurrente fue advertido de la existencia de los defectos que se consignan en la nota de calificación, para cuya subsanación era precisa la presentación de los documentos necesarios que completaran la falta en la escritura de los datos precisos para calificar la personalidad y capacidad de la Asociación de la Prensa de Madrid congruentes con el carácter con que comparecía y, por tanto, la legalidad de la representación de su Presidente, pero el recurrente, lejos de presentar los documentos reclamados para subsanar los defectos advertidos, presentó una instancia y una serie de documentos, pretendiendo alterar los términos de la calificación dada a conocer verbalmente y, por tanto, el problema de calificación que de la escritura se deducía, acreditando que la Asociación de la Prensa de Madrid era una Entidad de carácter sindical que se regía por los Estatutos y normas legales que resultan de los documentos que se aportan como nuevos, pero que siendo preexistentes al momento del otorgamiento de la escritura y configurando ya entonces la personalidad de la Asociación, debieron ser relacionados en la comparecencia de la escritura en lugar de los que se relacionaron a fin de comparecer con dicho carácter y que el Notario calificara su personalidad y capacidad con arreglo a ellos (artículos 165 y 166 del Reglamento Notarial); que la presentación de la referida instancia con los documentos relacionados no viene a subsanar los defectos advertidos, sino que supone un nuevo planteamiento del título inscribible, al resultar alterada por ellos la personalidad y capacidad de una de las partes que en el mismo intervenían, puesto que en la escritura comparece la Asociación en términos que no hacen dudar que se haya sometida a la citada Ley de 24 de diciembre de 1964, sin la más remota referencia a su carácter sindical, y por ello el propio Notario autorizante consigna su inscripción en el correspondiente Registro del Ministerio de la Gobernación, requisito que, de haberla considerado como Entidad sindical, no tenía por qué haber consignado, ya que no es exigible a las Asociaciones que tengan tal carácter, que están excluidas por la referida Ley de su ámbito de aplicación, que la rectificación de una parte tan esencial de la escritura en el caso que nos ocupa requiere un documento público, pues admitir una simple instancia, por muy documentada que esté, sería como dejar al arbitrio de una sola de las partes la posibilidad de alterar los términos de una escritura pública, sin que el Notario interviniera emitiendo su juicio de capacidad; que el Registrador obligatoriamente ha de calificar la capacidad de los otorgantes, solamente por lo que resulta de las mismas escrituras, lo que, *a sensu contrario*, impone la obligación de no tener en cuenta documentos que en las escrituras públicas no se hayan tenido en cuenta por el Notario; que, por todo ello, ha de estimarse que en tanto no sea subsanado el, al parecer, error sufrido en la comparecencia de la escritura calificada con respecto al carácter y régimen jurídico de la Asociación de la Prensa de Madrid, mediante la correspondiente escritura de subsanación en la que concurren los que intervinieron en ella (Resolución de 5 de agosto de 1907) no se pueden tener en cuenta los documentos presentados con la tan repetida instancia; que la expresión «documento auténtico» se emplea como indicativa con carácter general, del que ha de considerarse

suficiente para causar un asiento registral conforme se define en el artículo 34 del Reglamento Hipotecario de servir de título al dominio o derecho real o al asiento practicable, requisitos que, evidentemente, no concurren en los documentos rechazados; que tales documentos fueron sometidos a un escrupuloso estudio y nunca se puso en duda su autenticidad formal, pero al no ser conocidos por el Notario ni por la parte a la que afectaban no pudieron ser tenidos en cuenta; que entre tales documentos aparece una certificación del Jefe de la Sección de Actividades de la Dirección General de Política Interior, de la que resulta la no inscripción de la Asociación de la Prensa en el Registro del Ministerio de la Gobernación, que, de haberse tenido en cuenta, hubiese dado lugar a la calificación de insubsanable del defecto primero de la nota e impedido la anotación preventiva de suspensión instada por el recurrente.

El Notario autorizante de la escritura calificada informó que no hay ningún error en la comparecencia con respecto al carácter y régimen jurídico de la Asociación de la Prensa de Madrid, ya que éste viene claramente determinado en la escritura al decir que es una institución reconocida como de beneficencia particular por la Real Orden de 10 de febrero de 1905 e inscrita en el Registro público correspondiente del Ministerio de la Gobernación, sin perjuicio de que pueda estar encajada en cuanto a su normativa en otras Secciones, Registros o Direcciones de otros Ministerios, como ocurre con otras varias Asociaciones o Entidades; que el hecho de que en la escritura sólo se hiciese referencia al Ministerio de la Gobernación se produjo por la conveniencia de recalcar el carácter benéfico-particular de la Asociación a efectos puramente fiscales; que no puede, pues, decirse que los documentos complementarios presentados son modificativos del elemento subjetivo de la relación jurídica formalizada en la escritura, o que resulta alterada la personalidad de la Entidad vendedora; que tampoco puede sostenerse que se alegue un *status* legal distinto no conocido por la otra parte contratante ni tenido en cuenta por el Notario autorizante para apreciar la capacidad de la Asociación, puesto que de la certificación expedida por el Secretario general de la Asociación de la Prensa, unida al poder, puede deducirse el nuevo *status* legal al calificarla de «Entidad profesional corporativa de los periodistas de Madrid», que es la que en esencia utilizan los Estatutos de la Federación aprobados sindicalmente y el Decreto 3095/1972, de 9 de noviembre; que al decirse en el informe de los señores Registradores que los documentos fueron rechazados no por falta de autenticidad, sino por no ser conocidos por el Notario autorizante ni por la otra parte contratante, están haciendo una aseveración gratuita, pues el hecho de que no se testimoniaran o relacionaran en el mismo cuerpo de la escritura, por razones de brevedad o economía notarial, no quiere decir que no fueran conocidos por el Notario autorizante, el cual los tuvo muy en cuenta cuando formuló su juicio de capacidad respecto a la Asociación de la Prensa de Madrid, tanto con respecto a la escritura de apoderamiento como con respecto a la escritura de compraventa con pacto de retro; que en cuanto a los defectos señalados en los apartados primero y segundo de la nota, el Notario informante ratifica los argumentos mantenidos en el recurso por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid respecto a su inexistencia.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y por el Notario autori-

zante, declarando además que, como el recurrente probó de forma eficaz, la Asociación de la Prensa de Madrid en la fecha de la escritura estaba integrada en la Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa de España, constituyendo el régimen jurídico general aplicable a las mismas las bases de integración y regulación sindical, puesto que entonces subsistía la inscripción o incorporación del protocolo de aquellas Asociaciones y Federación, y, asimismo, el propio régimen de las Asociaciones Profesionales Sindicales era el de la Asociación de la Prensa de Madrid, por lo que, siendo esto así, la Ley de 24 de diciembre de 1964 y disposiciones complementarias no afectaba a la Asociación de la Prensa de Madrid, por dispensar su aplicación la disposición adicional primera de la propia Ley; y que en su consecuencia de las bases segunda y tercera de las de integración y regulación sindical de las Asociaciones de la Prensa referidas se deduce la aptitud jurídica de tal Asociación para la administración y regulación de su patrimonio, así como su autonomía funcional.

El Registrador, de conformidad de su cotitular, se alzó de la decisión presidencial, insistiendo en sus anteriores argumentos, y la Dirección General (1) resuelve la apelación, acordando confirmar el Auto apelado, que revocó la nota del Registrador, en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—Para el estudio del presente recurso gubernativo es presupuesto obligado el destacar determinados hechos que por su importancia aparecen como decisivos a efectos de la resolución del mismo; a saber: 1.º, que la Asociación de la Prensa de Madrid, fundada el 21 de mayo de 1895, se constituyó por Real Orden de 10 de febrero de 1905, al amparo del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, como Asociación benéfica de carácter particular, y en la que al estar sostenida exclusivamente con la cuota obligatoria—artículo 3.º de la Instrucción para el ejercicio del protectorado por el Gobierno—este último no tendrá otra misión que la de velar por la higiene y la moral pública (certificación del Jefe del Servicio de Fundaciones del Ministerio de la Gobernación de fecha 27 de septiembre de 1976); 2.º, que por Orden de 16 de julio de 1962 dicha Asociación se integró en la Federación Nacional de las Asociaciones de la Prensa de España, y como Organización Profesional Sindical para su normativa o regularse por las disposiciones sindicales; 3.º, que la susodicha Asociación no figura inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio de la Gobernación (hoy Interior), según resulta de la certificación de 28 de octubre de 1976 expedida por el Jefe de ese Registro.

La cuestión fundamental planteada es, invirtiendo el orden de los defectos de la nota, la de si los documentos públicos que se acompañaron a la escritura como complemento de ésta, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, debieron ser tenidos en cuenta en el momento de calificar por los titulares del Registro de la Propiedad, o si, por el contrario, han de ser descartados por ser necesaria una nueva escritura pública de rectificación, dado que según el criterio de la nota recurrida, al no jus-

(1) VISTOS los artículos 3.º de la Ley Hipotecaria y 34 de su Reglamento; 164 a 166 y 173 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, modificado por Decreto de 22 de julio de 1967; artículo 3.º de la Instrucción de beneficencia particular de 14 de marzo de 1899; artículos 2.º, 4.º, 5.º y disposición adicional primera de la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, y Decreto de 20 de mayo de 1965; la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971 y los Decretos de 9 de noviembre de 1972, 29 de marzo de 1973 y 5 de abril de 1974, y las Resoluciones de este Centro de 23 de junio de 1905 y 30 de julio de 1917.

tificarse la inscripción de la Entidad vendedora en el Registro de Asociaciones, y presentarse en su lugar los referidos documentos, se ha producido una alteración en el *status* jurídico de este compareciente.

En la escritura calificada el Notario solamente ha indicado que la parte vendedora—la Asociación de la Prensa de Madrid—es una Institución reconocida como de beneficencia particular e inscrita en el Registro correspondiente del Ministerio de la Gobernación, y omite toda referencia a circunstancia tan esencial como la de que la indicada Asociación se encontraba encuadrada dentro del régimen sindical y sometida al Decreto 3095/1972, de 9 de noviembre, por lo que la cautela de los Registradores está totalmente justificada, ya que para el ejercicio de su función calificadora les era necesario conocer claramente la personalidad de la Entidad compareciente, así como la esfera de actuación de su representante, sin que fuera suficiente la mera referencia a la naturaleza profesional del ente contenida en la escritura de poder, porque este simple dato no completaba todos los elementos que para la calificación se requerían.

Completada la escritura de compraventa con los documentos auténticos que la acompañan—carácter que no ponen en duda los Registradores—, y al poder servir todos en su conjunto de base para conocer la verdadera naturaleza de la parte vendedora, no cabe rechazarlos y no tenerlos en cuenta para la calificación, sino, por el contrario, admitirlos y examinar si se han cumplido los requisitos necesarios para la inscripción del acto solicitado o si existe algún defecto que impida practicar el asiento, máxime cuando la otra parte contratante—que podría ser la perjudicada—aceptó la formalización de la escritura en la forma en que se redactó, por lo que se origina una situación análoga a la contemplada en el artículo 168 del Reglamento Notarial, que puede ser subsanada mediante la presentación de los documentos necesarios—como aquí se ha hecho—e implícitamente así lo reconocen los propios Registradores al calificar este defecto de subsanable.

Con ello podría darse por finalizado el recurso y devolver el expediente para que con los documentos incorporados se procediera a la calificación correspondiente, pero razones de economía procesal, ya tenidas en cuenta en otros recursos gubernativos, aconsejan entrar en el examen de los defectos que constituyen el fondo de la nota recurrida.

En cuanto al defecto primero, al estar integrada, tal como se indicó, la Asociación de la Prensa y su Federación Nacional dentro del régimen de las Organizaciones Profesionales Sindicales, quedó sometida a la legislación especial sindical y excluida del Decreto de 25 de enero de 1941, que regulaba en aquella fecha el derecho de asociación, así como del posterior régimen general asociativo introducido por la Ley de 24 de diciembre de 1964, tal como se deduce de los inequívocos términos en que aparecen redactados sus artículos 2, 2.º, y disposición adicional primera de dicha Ley, cuando establecen que a la Organización Sindical y a las Entidades y demás agrupaciones encuadradas en la misma no les será de aplicación el contenido de sus disposiciones, por quedar fuera del ámbito de esta Ley de Asociaciones.

A mayor abundamiento, la posterior Ley Sindical de 17 de febrero de 1971 ordena—artículos 14 y 15—el deber de que tales Organizaciones se inscriban en el Registro de Entidades Sindicales, lo que viene a confirmar el anterior criterio de exclusión establecido en la Ley de Asociaciones.

En consecuencia, no es necesaria la inscripción de la vendedora en el

Registro de Asociaciones, por quedar fuera del ámbito de la regla general del artículo 5.º de la Ley de 24 de diciembre de 1964, lo que resulta de la certificación negativa aportada, así como tampoco será de aplicación el quórum de asistencia y de votación que establece para las Asociaciones el artículo 10, 3, del Decreto de 20 de mayo de 1965, que desarrolla el artículo 6.º de la mencionada Ley, pues habrá de tenerse en cuenta el establecido en la legislación a que se encuentra sometida.

Se ha cumplido con la previsión estatutaria que exige para la venta de inmuebles de la Asociación que se trata de acuerdo adoptado en Junta extraordinaria, pues no cabe duda tuvo ese carácter la celebrada, que lo fue en el mes de diciembre, por cuanto que el artículo 21, 2, del Reglamento por el que se rige la vendedora establece que «serán ordinarias las que obligatoriamente han de celebrarse en los meses de enero, abril, julio y octubre, y extraordinarias, todas las demás».

Con las modificaciones sufridas entre otras al adaptarse al régimen de Asociaciones sindicales ha desaparecido la figura del Censor como integrante de la Junta directiva—artículo 26, 2, del Reglamento de Régimen Interior—, por lo que era imposible su intervención en la escritura, al no existir actualmente este cargo, aparte de que en este caso concreto no había habido tampoco vulneración del artículo 29, 3, de los Estatutos de la Asociación, por tratarse de un supuesto distinto al que este precepto se refiere, ya que la autorización para el contrato otorgado, que sirve de base para la actuación del representante de la Asociación de la Prensa, tiene su origen en el mandato que le ha sido conferido por su órgano supremo, que es la Junta general.

Por último, el indudable buen criterio de suprimir en las escrituras notariales cláusulas de estilo o aquellas otras que hacen farragosa la redacción y posterior lectura del instrumento no pueden llevar al extremo de que, fundándose en estas razones de brevedad y economía, omita el Notario autorizante circunstancias que son esenciales o de interés el que consten en la propia escritura, aunque puedan ser después completadas dichas circunstancias con otros documentos, pero si la no correcta actuación notarial hubiese sido realizada de esta forma, no cabe afirmar—y ya refiriéndose a este caso concreto—que ha habido un error en la comparecencia del vendedor en la escritura autorizada, pues aparte de que el fedatario no infringió precepto reglamentario notarial alguno, con los documentos aportados no se ha producido ninguna modificación subjetiva del compareciente, que ha sido la Asociación de la Prensa, sino una concreción o desarrollo de los datos relativos a su *status* jurídico, para lo que se encontraba perfectamente legitimada la parte compradora, como interesada en la inscripción del acto realizado en el Registro de la Propiedad.

2. EL ARTÍCULO 127 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, AUNQUE CON CARÁCTER EXCEPCIONAL Y CON EL CONTRAPUNTO DE LA CORRECCIÓN DISCIPLINARIA, SI PROCEDIERE ATENDIDAS LAS CIRCUNSTANCIAS, AUTORIZA AL REGISTRADOR A EMITIR NUEVOS JUICIOS CALIFICATIVOS Y ALEGAR NUEVOS DEFECTOS QUE CON ANTERIORIDAD NO HABÍA SEÑALADO, AUN DESPUÉS DE DICTADA RESOLUCIÓN REVOCANDO NOTA DE DENEGACIÓN O SUSPENSIÓN BASADA EN OTROS MOTIVOS O DEFECTOS, POR LO QUE NO CABE HABLAR DE EXCEPCIÓN DE RECURSO GUBERNATIVO RESUELTO EN TAL SUPUESTO.

EL REGISTRADOR AL PONER DEFECTOS NUEVOS DEBE VOLVER A APLICAR LOS ARTÍCULOS 105, 106, 433-2.º Y 434-1.º DEL REGLAMENTO (COMUNICARLOS Y CONSULTAR SI SE EXTIENDE O NO LA NOTA EN EL DOCUMENTO), Y SI PONE LA NOTA DEBE PERMITIR LOS INTENTOS POSTERIORES DE SUBSANACIÓN QUE PUEDAN HACER LOS INTERESADOS.

NO DEBE EXIGIRSE CON ABSOLUTA RIGUROSIDAD EN LAS ASOCIACIONES PROFESIONALES SINDICALES LA JUSTIFICACIÓN DE QUE LA CONVOCATORIA DE ASAMBLEA GENERAL CONTUVO EN SU ORDEN DEL DÍA LA ESPECIFICACIÓN DETALLADA DEL ACUERDO TOMADO, NI DE QUE EXISTió DETERMINADO QUORUM DE ASISTENCIA SI EL ACUERDO RESULTA TOMADO EN SEGUNDA CONVOCATORIA.

EN ESTAS ASOCIACIONES NO ERA NECESARIA LA AUTORIZACIÓN DEL MINISTERIO DE RELACIONES SINDICALES NI LA SUBASTA PÚBLICA PARA LA ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DE SU PATRIMONIO, COMO LO ERA PARA LOS SINDICATOS Y ORGANISMOS SINDICALES (EL DECRETO DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1972 DEBÍA PREVALECER SOBRE LA ORDEN DE 17 DE JULIO DE 1973, DE RANGO INFERIOR).

Resolución de 21 de septiembre de 1978 (B. O. del E. de 11 de octubre de 1978).

Antecedentes de hecho.—El 26 de julio de 1976 la Asociación de la Prensa de Madrid otorgó la escritura de venta con pacto de retro que se reseña en el apartado primero de los antecedentes de hecho de la Resolución de 16 de septiembre de 1977, al que nos remitimos íntegramente respecto al contenido y demás circunstancias de la representación y personalidad jurídica de dicha Entidad vendedora. Dicha escritura, con otros documentos,

fue presentada en el Registro número 5 de Madrid, retirada y vuelta a presentar en unión de otros documentos más, conforme extensamente se detalla en el apartado segundo de los referidos antecedentes, siendo calificada con la nota que literalmente se recoge en dicho apartado.

El Procurador don Florencio Aráez Martínez, en representación de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, Entidad compradora, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, haciendo las alegaciones que estimó pertinentes. Previos los informes preceptivos del funcionario calificador y del Notario autorizante de la escritura fue resuelto por Auto de 15 de abril de 1977, del Presidente de la Audiencia, revocando la nota de calificación; el funcionario calificador, de conformidad con su cotitular, se alzó de la decisión presidencial; la Dirección General dictó Resolución con fecha 16 de septiembre de 1977, acordando confirmar el auto apelado; en virtud de lo ordenado en dicha Resolución, con fecha 7 de octubre de 1977 fue presentada de nuevo en el Registro de la Propiedad la escritura de compraventa que había sido objeto del recurso, con el fin de obtener la inscripción.

El Registrador de la Propiedad, de conformidad con su cotitular, calificó de nuevo el documento con fecha 10 de octubre de 1977, con nota del tenor literal siguiente: «Devueltos los documentos a que se refiere la nota de calificación anterior de fecha 20 de diciembre de 1976, de conformidad con lo resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre del año corriente, notificada a este Registro con fecha 27 del mismo mes, recaída en recurso gubernativo interpuesto contra la referida nota, por la que se resuelve que la Asociación de la Prensa de Madrid es una Entidad u Organización profesional sindical, en virtud de documentos que fueron rechazados en dicha nota, por lo que no se calificó la capacidad de la referida Asociación como tal Entidad sindical, en orden a la disposición de sus bienes; de conformidad, igualmente, con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 127 de su Reglamento, se deniega la inscripción por observarse los defectos siguientes:

Primero.—No acreditarse que la Junta general en la que se tomó el acuerdo de enajenación de la finca fuera convocada expresamente con dicho objeto, conforme exige el artículo 22 del Reglamento de Régimen Interior de la repetida Asociación, de marzo de 1944.

Segundo.—No acreditarse que dicha Junta se celebró con el quórum de asistencia que previene dicho artículo 22 de su Reglamento de Régimen Interior y el artículo 62, 5, del Decreto de 9 de noviembre de 1972, sobre régimen de organizaciones profesionales sindicales.

Tercero.—No acreditarse la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales que exigen los artículos 23, 2, y 30, 2, del Reglamento General del Régimen Económico-Administrativo Sindical de 17 de julio de 1973.

Cuarto.—No acreditarse la celebración de la enajenación de la finca en subasta pública como lo exigen los artículos 61, 3, de la Ley Sindical de 5 de abril de 1971 y 72, 3, del citado Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical. Los tres primeros defectos se estiman subsanables e insubsanable el cuarto. La índole de este último impide tomar anotación preventiva de suspensión que además no se ha solicitado. Esta nota se extiende con la conformidad de mi cotitular don Antonio Bartolomé Martínez.»

Con fecha 24 de noviembre de 1977 se presentó de nuevo el título en el

Registro de la Propiedad, acompañado de una instancia suscrita por el Procurador nombrado, a la que se unían los siguientes documentos: testimonio notarial de don Lucio del Alamo Urrutia, en el que se hacen constar los términos exactos en que se llevó a efecto la convocatoria de la Junta general extraordinaria de la Asociación de la Prensa de Madrid de 10 de diciembre de 1975; certificación del Secretario de la Asociación de la Prensa de Madrid recogiendo literalmente el acta de la Junta general extraordinaria fijada; certificación del Director Nacional del Servicio de Patrimonio de la Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales, que ha sucedido a la antigua Organización Sindical, haciendo constar que el Palacio de la Prensa de Madrid no figura en el inventario del Patrimonio de la antigua Organización Sindical; certificación del Secretario general del Sindicato de la Información, haciendo constar el carácter de Asociación, no Organismo, sindical de la Asociación de la Prensa de Madrid, y la incompetencia del Sindicato en cuanto a su intervención en actos dispositivos de bienes de las Asociaciones de la Prensa de España.

El Registrador, con fecha 2 de diciembre de 1977, a la vista del título y la nueva documentación, dictó la siguiente nota complementaria de la calificación anterior: «Vista la precedente y documentos que en ella se relacionan y demás documentos que causaron las notas de calificación de fechas 20 de diciembre de 1976 y 10 de octubre de 1977, puestas al pie de la escritura de compraventa con pacto de retro otorgada el 26 de julio de 1976 ante el Notario de Madrid don Juan José Gil García, en cuya instancia se solicita la reconsideración de la nota de calificación de dicho documento de fecha 10 de octubre último, se acuerda mantener dicha nota en todos sus términos, fundado en los motivos siguientes:

Primero.—Porque contra lo expresado en dicha instancia de haberse omitido solicitar del presentante la extensión de la nota de calificación conforme al artículo 106 del citado Reglamento Hipotecario, se estima que el artículo 127 del citado Reglamento otorga al Registrador facultad para extenderla sin necesidad de solicitud alguna, por ser facultad discrecional del Registrador, que dejaría de serlo si se condicionase su posibilidad a la solicitud del presentante, a quien el artículo 127 citado no concede opción alguna en este sentido, y porque entendemos que solicitada la primera, o sea la de 20 de diciembre de 1976, objeto del recurso gubernativo, se entiende que integrada la nuevamente extendida en el mismo recurso ha de entenderse también solicitada a todos los efectos.

Segundo.—Porque, conforme con las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de diciembre de 1935 y 25 de abril de 1951, no son admisibles los documentos presentados después de la calificación.

Tercero.—Porque, no obstante lo anterior, ninguno de los documentos presentados con la instancia subsana ninguno de los defectos advertidos en dicha nota de calificación de 10 de octubre último. En efecto, la declaración suscrita por el Presidente de la Asociación de la Prensa de Madrid, don Lucio del Alamo Urrutia, con fecha 4 de noviembre último, no tiene otro valor que el simplemente testimonial y entendemos que la prueba de testigos no tiene cabida en el procedimiento de calificación registral. La convocatoria de la Junta general extraordinaria de dicha Asociación debe ser acreditada mediante certificación expedida por el Secretario de la Asociación, confor-

me al artículo 31, c), de su Reglamento de Régimen Interior de marzo de 1944.

En cuanto a la certificación expedida por el Secretario de la repetida Asociación, don Vicente Cebrián Carabias, con fecha 3 de noviembre de 1977, y visto bueno de su citado Presidente, si bien acredita la celebración de la Junta, el haberse celebrado en segunda convocatoria y el quórum de asistentes, en tanto no se acredite la legal convocatoria de la misma, no se puede calificar si se constituyó o no válidamente.

En cuanto a la certificación expedida por don Antonio Albasanz Gallán, Director nacional del Servicio de Patrimonio de la Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales, con fecha 18 de noviembre último, porque no acredita otra cosa que no estar incluida la finca a la que la escritura calificada se refiere en el patrimonio común general, no acreditando que no lo esté como patrimonial de la Organización profesional sindical Asociación de la Prensa de Madrid, patrimonios claramente diferenciados y distinguidos en los artículos 22 y 23 del Reglamento de Régimen Económico-Administrativo Sindical de 17 de julio de 1973, y porque la falta de dicha formalidad no exime del cumplimiento de Leyes sustantivas.

Por último, en cuanto a la certificación expedida con fecha 22 de noviembre último por don Mariano Lancha Azaña, Secretario nacional del Sindicato de la Información, porque fijada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre del año corriente, de conformidad con lo sostenido por la propia Caja de Ahorros recurrente, que la Asociación de la Prensa de Madrid es una Organización profesional sindical que se rige por la legislación de este orden, no procede en este recurso pronunciamiento alguno sobre este extremo, naturaleza jurídica y régimen legal que, además, corrobora dicha certificación que analizamos al decir que se rige la repetida Asociación por el Decreto de 9 de noviembre de 1972, sobre Organizaciones profesionales sindicales.

Porque, en relación con lo que se certifica en su apartado segundo, no subsana defecto alguno desde el momento que en ninguna de las notas de calificación se ha negado la autonomía patrimonial de la Asociación de la Prensa, y por lo que se refiere a lo certificado en su apartado tercero, porque tampoco en ninguna de las notas de calificación se ha exigido la intervención del Sindicato, sino la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales. Cumplimentado el artículo 485 del Reglamento Hipotecario.»

El Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y tras hacer una relación de los hechos sucedidos hasta la Resolución de la Dirección General de 16 de septiembre de 1977 y de la presentación de la escritura calificada el viernes 7 de octubre de 1977, para que se diera cumplimiento a lo ordenado en el auto presidencial ratificado por la mencionada Resolución, se encontró con que, contrariamente a lo ordenado, los Registradores de la Propiedad rehusaron su cumplimiento y procedieron a calificar de nuevo el documento con fecha lunes 10 del mismo mes y año, justificando su actitud en el artículo 127 del Reglamento Hipotecario, sin que su representada hubiera sido informada en tan breve plazo de tiempo de este propósito y no pudiera aportar los documentos para subsanar los presuntos nuevos defectos de la nota, dando lugar a situación de indefensión, por lo que aportaron una serie de documentos junto a la instancia de 24 de noviembre de 1977, en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 113, 2, y 117 del Regla-

mento Hipotecario; que lo dispuesto en los artículos 105 y 106 de dicho Reglamento con el trámite de notificación verbal al interesado y posibilidad de subsanar el defecto apreciado es aplicable en el caso excepcional del artículo 127, pues de lo contrario supondría una norma paralizadora para el interesado, que para entrar en el examen de este recurso debe tenerse en cuenta la conducta adoptada por los Registradores, encuadrable en el ámbito de aplicación del artículo 1.902 del Código civil, ya que al rehusar calificar en el primer momento sobre el tema del eventual régimen sindical de la Asociación de la Prensa no es que careciesen de criterio sobre tal materia, sino que se lo reservaron para una posterior calificación, como lo prueba el escrito de alzada del anterior recurso gubernativo, en el que explícitamente se manifiesta la voluntad de proceder a una segunda calificación registral con un segundo recurso gubernativo con menosprecio de lo que constituye el criterio básico de todo funcionario público de facilitar el acceso de los títulos al Registro (Resolución de 6 de agosto de 1894); que el criterio para la interpretación de las normas ha de buscarse en el artículo 3.º, párrafo primero, del Código civil, que señala que deberá tenderse fundamentalmente al espíritu o finalidad de las mismas, con lo que se acentúa la primacía del espíritu o finalidad de la norma como factor fundamental de su interpretación; que una valoración puramente gramatical, por el sentido propio de las palabras del artículo 127 del Reglamento Hipotecario, nos llevaría a la conclusión de que cualquier Registrador contra cuya calificación se hubiese interpuesto recurso gubernativo en el que se hubiera resuelto la inscripción del documento calificado estaría autorizado reglamentariamente para alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior, lo que induce a pensar que el funcionario calificador podría, tras cada nueva Resolución que acordase la inscripción del título, enfrentarse con él en busca de nuevos defectos, eludiendo la inscripción ordenada y convirtiendo la función calificadora en un ejercicio jurídico sin fin, con potencialidad repetitiva e ilimitada que haría inútil el mecanismo jurídico que el recurso gubernativo representa; que la interpretación literal del artículo 127 conduce al absurdo de que un precepto de rango puramente reglamentario conceda superioridad al criterio de los Registradores de la Propiedad respecto al que pueda haber manifestado la Dirección General y aun al contenido de los fallos firmes del poder judicial, ya que si los interesados han seguido el procedimiento judicial (artículo 66 de la Ley Hipotecaria) una vez que haya recaído sentencia firme, la pertinente ejecutoria queda sujeta a la calificación registral, y si el recurso gubernativo es adverso, cabe de nuevo volver a aplicar el artículo 127, por lo que quedaría convertido el Registrador en un Juez territorial sin superior jerárquico que pueda revocar sus decisiones con efectos prácticos; que en nuestro caso no hay ninguna garantía de que no siga una tercera calificación registral; que es sabido que es principio general del Derecho español que toda interpretación de la Ley que conduzca al absurdo debe rechazarse (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1891 y 25 de marzo de 1915); que es evidente que el artículo 127 del Reglamento Hipotecario no puede ser interpretado con la literalidad con que lo hace el señor Registrador; que la interpretación habrá de hacerse con apoyo de los restantes criterios hermenéuticos del artículo 3.º, 1, del Código civil, determinando cuál es la relación con el contexto normativo en que se encuentra, interpretación que ha de apoyarse en los demás artículos que re-

gulan el recurso gubernativo, como el 66 de la Ley Hipotecaria, el 113 y siguientes de su Reglamento y la copiosa jurisprudencia registral que los desarrolla; que en caso de tales criterios hay que llegar a la conclusión de que el artículo 127 ha de interpretarse restrictivamente, y que su aplicación se limita al caso de cambio del titular del Registro, con el fin de que el nuevo pueda exponer su criterio y no firmar un asiento registral que pugne con su criterio; que un estudio analógico (artículo 4.º, 3, del Código civil) del artículo 1.252 del mismo Cuerpo legal, junto al principio de seguridad jurídica, lleva a la conclusión de que se está ante un supuesto de excepción de recurso gubernativo resuelto, pues de no ser así la autoridad de la Dirección General de los Registros y del Notariado y el prestigio de la llamada con toda justicia jurisprudencia registral se arruinaría rápidamente y las resoluciones de ese Centro no tendrían más valor que el de material a disposición de los estudiosos, y que esta excepción de recurso gubernativo resuelto queda circunscrita a este ámbito, sin que se dé pie a una excepción de cosa juzgada propiamente dicha, ya que cualquier interesado puede iniciar las acciones judiciales oportunas; que por si no se estima esta excepción entra en el examen de los defectos de la nota; que respecto al primero de ellos queda enervado por la presentación en el Registro de la Propiedad de la declaración de don Lucio del Alamo Urrutia, Presidente actual de la Asociación, y que también lo era en la fecha de la convocatoria, en la que se hace constar que con fecha 5 de diciembre de 1975, y en uso de las facultades que le confiere el artículo 29 del Reglamento de Régimen Interior de la Asociación, ordenó la convocatoria de la Junta general extraordinaria de 10 de diciembre de 1975 y fijó el orden del día de la misma con arreglo al siguiente y único punto: «autorización y delegaciones de facultad en el Presidente de la Entidad para formalización del crédito de hasta 500 millones de pesetas, en negociación para liquidación de la Ciudad de los Periodistas»; que la convocatoria la cursó el entonces Secretario general de la Asociación, don Rafael Salazar Soto, dando así cumplimiento a las órdenes de su Presidente; que de las manifestaciones textuales del acta correspondiente se deduce que la Junta se convocó con el carácter de extraordinaria dentro del plazo reglamentario y con el objeto expreso que se refleja en el orden del día, a lo que prestan su conformidad los ochenta y dos socios asistentes, además de los seis miembros de la Junta directiva igualmente presentes; que la referida Junta general extraordinaria se hizo expresamente con objeto de realizar actos de disposición patrimonial que podían afectar a todos los bienes inmuebles de la Asociación y con suficiente información para que todos los socios convocados valoraran la trascendencia del acuerdo que se pretendía adoptar; que el segundo de los defectos apreciados ha quedado subsanado ante el Registro con la certificación literal del acta de dicha Junta general, con la que se demuestra que la sesión se celebró en segunda convocatoria, por lo que, de conformidad con los preceptos reglamentarios, no fue preciso quórum alguno ni de asistencia ni de votación, siendo válido el acuerdo, ya que hubo unanimidad de todos los asistentes; que el tercero de los defectos, referente a la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales, ha de alegarse que los artículos 23, 2, y 30, 2, del Reglamento General Económico-Administrativo Sindical de 17 de julio de 1973, que los Registradores citan como argumento, circunscriben su aplicabilidad a Organismos sindicales dotados de personalidad jurídica, sin aludir para nada a las Organi-

zaciones profesionales sindicales (reguladas por Decreto de 9 de noviembre de 1972), ni tampoco a las Asociaciones sindicales, que son personas jurídicas de derecho privado, las cuales, al igual que le ocurre a la Asociación de la Prensa de Madrid, sufrieron una imperativa mutación, pasando del asociativo general al asociativo sindical especial contra su voluntad; que es lógico que los Sindicatos cuyo patrimonio se constituyó en base a la cuota sindical obligatoria se hallen sujetos, por el carácter cuasi demanial de sus bienes, a autorización sindical para realizar actos de disposición de sus bienes, pero que por el contrario las Asociaciones sindicales, a cuyo sostenimiento han de contribuir sus miembros, además de satisfacer la cuota sindical obligatoria, es lógico que no estén sujetas al control de las autoridades sindicales en cuanto a los actos dispositivos de sus bienes; que estaría fuera de toda lógica jurídica abogar por una interpretación extensiva de preceptos claramente limitativos de la autonomía patrimonial de las Asociaciones; que en cuanto al último defecto que la nota señala de no acreditarse la celebración de subasta pública para la enajenación de la finca con el carácter de insubsanable, ha de señalarse que tanto el artículo 61, 3, de la Ley Sindical como el 72, 2, del Reglamento de 1973, que se limita a reproducirlo, están concebidos únicamente para ser aplicados a aquellos Organismos sindicales que por su carácter de Corporaciones de derecho público manejan los fondos de forzosa aportación constituidos con la cuota sindical; que de prosperar el criterio registral la Asociación de la Prensa de Madrid no sólo habría de llevar a cabo la enajenación de sus bienes muebles e inmuebles en pública subasta, sino que se vería precisada a convocar concurso-subasta para la contratación de sus obras, servicios y adquisiciones, incluso las del más elemental material de oficina, y que de prevalecer la tesis sustentada por los Registradores de la Propiedad de ser necesaria la autorización sindical de la subasta pública resultaría que serían nulas de pleno derecho las ventas de pisos hechas por la Asociación de la Prensa, y que están ya inscritas en el Registro de la Propiedad, así como las hipotecas constituidas sobre edificios de su propiedad, y que todos los bienes de dicha Asociación de la Prensa habrían de pasar a propiedad del Estado, a través del Organismo autónomo A. I. S. S., con lo que se habría producido una especie de expropiación *ex lege* y sin indemnización alguna (artículo 3.º, 1, del Decreto-ley de 2 de junio de 1977).

Los Registradores informaron que no cabía desobediencia a los superiores jerárquicos cuando se obraba en el ejercicio de una facultad legal; que la excepción de cosa juzgada no es aplicable en el recurso gubernativo, pues su naturaleza es la propia de los actos de jurisdicción voluntaria, y el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es aplicable a las resoluciones recaídas en actuaciones de esta clase; que en la nota de calificación de 20 de diciembre de 1976, a la que se refiere la Resolución de 16 de septiembre de 1977, no fueron calificados determinados documentos por estimar que la materia que en ellos se planteaba exigía un previo pronunciamiento sobre los efectos de dichos documentos en la escritura sobre la que incidían y, concretamente, sobre los términos de la comparecencia de la escritura, como de hecho reconoce la misma Resolución en el Considerando quinto, pero al entrar la Resolución en el fondo del problema de calificación que de dichos documentos se deducía, de haberse inscrito, se hubiera producido la circunstancia de hecho de practicarse la inscripción sin haberse podido calificar por el Registrador la capacidad de una de las

partes comparecientes sobre la base de dichos documentos, por lo que el Registrador, en cumplimiento del deber que al mismo tiempo es un derecho, de calificar, procedió al ejercicio de la facultad que le atribuye el artículo 127 del Reglamento Hipotecario, alegando los defectos enumerados en la nota recurrida, estimando que dicho precepto, que en definitiva es un refuerzo del principio de legalidad, puesto que tiende a evitar que los títulos defectuosos tengan acceso al Registro, confiere al Registrador una facultad que en forma alguna puede limitarse al caso de sustitución en el cargo, pues este supuesto está regulado en el artículo 116 del mismo Reglamento; que la nota extendida en virtud del ejercicio de tal facultad, al no ordenarse en el artículo 127 poner los defectos en conocimiento previo del interesado ni requerirse para su ejercicio petición de éste, ha de formularse en base de los documentos en que se basó la Resolución, porque el expresado precepto no abre proceso alguno de alegaciones; que sentado por la Resolución de 16 de septiembre de 1977, de conformidad con la petición del recurrente, que la Asociación de la Prensa de Madrid está integrada en la Organización Sindical y sometida, por tanto, a la legislación de este orden, era preciso examinar la normativa aplicable conforme a tal calificación, en relación a la legitimidad de sus actos de disposición; que a la Asociación de la Prensa de Madrid le son aplicables el acuerdo de 9 de mayo de 1975, sobre procedimiento y régimen jurídico sindical, y el Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical, cuyo texto refundido fue aprobado por Orden de 17 de julio de 1973: el primero, por lo que se dispone en su artículo 1.º, 4, y el 4.º, y el segundo, porque en su artículo 1.º, 2, establece que su ámbito de aplicación comprende a las Organizaciones profesionales sindicales, porque en su artículo 22, así como en el 66 de la Ley Sindical, se dispone que el patrimonio sindical está constituido por el común general de que es titular la Organización Sindical y por los patrimonios de los Sindicatos y demás Entidades sindicales, y el carácter de Entidad sindical de las Organizaciones profesionales está expresamente recogido en el artículo 13 del Decreto de 9 de noviembre de 1972, porque el Reglamento General, en su artículo 30, 4, dispone que los Sindicatos y demás Entidades sindicales y Organismos dotados de personalidad jurídica propia han de sujetarse al mismo, tanto en la administración como en la forma de adquisición y enajenación de su propio patrimonio, y, finalmente, porque en su artículo 64 el expresado Reglamento dispone que los contratos que celebren los Organismos y Entidades sindicales dotados de personalidad jurídica propia se realizarán de conformidad con esta normativa general y con la que prevenga, en desarrollo de la misma, el Reglamento de Régimen Jurídico de la Organización Sindical; que conforme a esta legislación, vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura, resulta que la capacidad jurídica de la Asociación de la Prensa de Madrid, como Organización profesional sindical, en orden a la disposición de sus bienes, está obligada al cumplimiento de los siguientes requisitos: que esté representada por el órgano de actuación al que dicha función esté encomendada, que es el Presidente (artículos 29 del Reglamento de Régimen Interior y 70, 1, del Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical); que el órgano que tomó el acuerdo sea el competente por razón de la materia (artículo 43, 2, de la Ley Sindical y 29 del Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical); que la Asamblea extraordinaria se convoque expresamente con objeto de tratar

sobre la enajenación escriturada (artículo 23 del Reglamento de Régimen Interior y 43 de la Ley Sindical); que la Asamblea extraordinaria que tomó el acuerdo se celebre con el quórum de asistencia legal requerido, determinando la falta de dicho quórum la nulidad de pleno derecho de acuerdo (artículo 29, c), del Régimen de Procedimiento Jurídico Sindical de 9 de mayo de 1975, aplicable en todo caso a las Organizaciones profesionales sindicales, conforme a su artículo 1.º, 4); que tomado acuerdo válido por el ente sindical, a través de su órgano competente, se haga dicho acuerdo ejecutivo, a cuyo efecto los artículos 23, 2, y 30, 2, del Reglamento General de Régimen Económico-Administrativo Sindical disponen que se necesita autorización del Ministro de Relaciones Sindicales si su valor excede de cinco millones de pesetas; que, por último, la enajenación se celebre en subasta pública (artículo 61, 3, de la Ley Sindical y artículo 72, 1, del Reglamento General Económico-Administrativo Sindical); que de lo expuesto se deduce que ni en la escritura calificada ni en ninguno de los documentos aportados en tiempo y forma se acredita que la Junta extraordinaria de la Asociación de la Prensa de Madrid fue convocada expresamente con objeto de tratar de dicha enajenación, no acreditándose tampoco la asistencia a ella del número de socios necesario para legitimar la formación de la voluntad del órgano colegial, siendo evidente que tampoco se acredita la obtención de la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales ni la celebración de la enajenación en pública subasta.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente.

Y la Dirección General (2) acordó confirmar el Auto apelado en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Antes de entrar en el examen de la nota discutida es necesario resolver la cuestión previa planteada por la Entidad que ha interpuesto el recurso acerca de lo que denomina excepción del recurso gubernativo resuelto.

El artículo 127 del Reglamento Hipotecario vigente mantiene una norma de carácter excepcional que se encuentra establecida en nuestra legislación desde el anterior Reglamento de 1915, en virtud de la cual se autoriza al Registrador a emitir nuevos juicios calificativos y alegar defectos que con anterioridad no había señalado, pero como esta facultad, de ejercerse en forma abusiva e ilimitada, podría convertir la función registral en una actividad sin fin, con mengua de la seriedad que debe ser exigida, el propio precepto reglamentario establece imperativamente y como contrapunto la corrección disciplinaria del funcionario, si procediere, atendidas las circunstancias del caso.

En consecuencia, procede entrar en el examen de los defectos señalados en las dos notas (complementaria la segunda de la primera) de 10 de octubre y 2 de diciembre de 1977, empezando por la previa cuestión de si debido a que no ha sido inscrito el título como se había acordado en el recurso gubernativo, por haberse extendido una nueva nota con defectos no señalados, debió haberse procedido antes de su extensión a dar cumpli-

(2) VISTOS los artículos 97, 105, 106, 127, 432, 2.º, y 434, 1.º, del Reglamento Hipotecario; la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971; el Decreto de 9 de noviembre de 1972, sobre régimen de las Organizaciones profesionales sindicales; Reglamento General de Sindicatos de 29 de marzo de 1973, y la Orden de 17 de julio de 1973, de régimen económico-administrativo sindical, y la Resolución de este Centro de 16 de septiembre de 1977.

miento a lo establecido en los artículos 105, 106, 433, 2, y 434, 1, del Reglamento Hipotecario.

El artículo 127 del Reglamento Hipotecario, al replantear la posibilidad de un nuevo curso gubernativo, en relación al título ya calificado, da origen a una serie de cuestiones formales que la legislación hipotecaria en concreto no ha regulado, pero que indudablemente, por tratarse de recomenzar de nuevo el procedimiento, habrá que atenerse a las mismas soluciones contenidas en el Reglamento para la tramitación del recurso gubernativo y estimar, por tanto, que el interesado (que ha sufrido la no inscripción de su título, pese a la solución favorable del recurso), tiene derecho a que, conforme al artículo 105, el Registrador, al ejercitar su función calificadora dentro de los treinta días que señala el artículo 97, le manifieste el nuevo defecto que impide la inscripción por si quiere retirar el documento y subsanar la falta, e igualmente podrá dentro del plazo en que habrá que entender prorrogado el primitivo asiento de presentación (sesenta días, a partir de la fecha en que se hubiere recibido en el Registro el traslado de la Resolución), presentar los documentos que estime oportunos para tratar de subsanar el nuevo defecto, pues de no ser así quedaría el interesado en total indefensión y el recurso gubernativo ya resuelto habría sido prácticamente inútil; criterio que han hecho suyo los Registradores al haber aceptado la recepción de los nuevos documentos presentados por el interesado para subsanar los nuevos defectos señalados, y que han tenido a la vista para la redacción de la tercera nota, que es complementaria de la segunda.

El primero de los nuevos defectos señalados hace referencia a si aparece o no acreditado que la Asamblea extraordinaria se convocó expresamente para tratar del acto contenido en la escritura calificada, dada la exigencia del artículo 22 del Reglamento de Régimen Interior de la Entidad vendedora.

Uno de los más principales derechos que tiene todo asociado es el de poder asistir e intervenir con su presencia a través de la discusión y el correspondiente derecho de voto en la formación del acuerdo, expresión de la voluntad social, y de ahí las garantías que la legislación en general para cualquier tipo de persona social y los Estatutos en particular establecen, al objeto de que tales derechos no se vean conculcados o ignorados, y por eso se preocupan de que la convocatoria y el orden del día de la Junta tenga la necesaria publicidad para que llegue a conocimiento de todos los socios y la información suficiente sobre los asuntos a tratar, sin que, por otra parte, haya de ser esta información indicada en sus menores detalles, pues, como ha declarado nuestro más Alto Tribunal, la finalidad de la convocatoria es la de que puedan tener noticia sumaria de los asuntos sobre los que debe recaer su aprobación o ratificación y bastando con que el orden del día detalle la materia con el pormenor suficiente para que con conocimiento de causa y libertad no mermada por la ignorancia o improvisación puedan utilizar en forma adecuada su derecho de información.

En el supuesto de este recurso se encuentra plenamente justificado el punto controvertido, dado el contenido de la certificación expedida por el Secretario de la Entidad compareciente, en donde sucintamente aparece declarado lo que va a constituir el objeto de la reunión convocada (autorización y delegaciones de facultades en el Presidente de la Entidad para formalización del crédito de hasta 500 millones de pesetas, en negociación para liquidación de la Ciudad de los Periodistas), que informaba a los aso-

ciados de la importancia económica del acuerdo que se pretendía adoptar, dándose de esta forma cumplimiento a lo establecido en los artículos 22 y 23 del Reglamento de Régimen Interior, y sin que hubiera sido necesaria la presentación en el Registro por reiterativa de la declaración suscrita por el Presidente que completaba la anterior certificación.

El segundo defecto (falta de justificación del quórum de asistencia en la Junta celebrada) se encuentra disipado a la vista de la certificación expedida por el Secretario de la Asociación, de donde resulta que la sesión se convocó por la Junta directiva y se celebró en segunda convocatoria, por lo que al haber sido adoptado el acuerdo por la unanimidad de los socios que asistieron, se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el artículo 62, 5, del Decreto de 9 de noviembre de 1972, sobre régimen de las Organizaciones profesionales sindicales, que remite a las normas estatutarias (artículo 22 del Reglamento de Régimen Interior) cuando se trata de segunda convocatoria, y según el carácter del acuerdo.

El tercero de los defectos plantea la cuestión de la aplicabilidad al caso debatido en los artículos 23, 2, y 30, 2, del Reglamento General Económico-Administrativo Sindical de 17 de julio de 1973, y, en consecuencia, de la necesidad o no de la autorización del en esa fecha Ministro de Relaciones Sindicales para la validez del acto.

Dentro de la profusa normativa sindical aparecen claramente diferenciados, de una parte, los Sindicatos, así como los Organismos sindicales dotados de personalidad jurídica, que tienen el carácter de Corporaciones de derecho público (artículo 115, 1, del Reglamento General de Sindicatos), y de otra, las Organizaciones profesionales sindicales (y entre ellas la Asociación de la Prensa), caracterizadas por su origen voluntario, según las disposiciones vigentes (artículo 13 y siguientes de la Ley Sindical y 1.º y siguientes del Decreto de 9 de noviembre de 1972), por lo que hay que situarlas dentro de las personas jurídicas de derecho privado, que por razones circunstanciales pasaron del régimen asociativo general al especial sindical, sin que tal cambio coactivo implicara alteración de su naturaleza jurídica, tal como declaró la Resolución de 16 de septiembre de 1977, aunque se encuentren sometidas a la disciplina sindical.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la autorización del Ministro de Relaciones Sindicales exigida por el artículo 23, 2, del Reglamento Económico-Administrativo Sindical para los actos de disposición superiores a cinco millones de pesetas tenía un claro fundamento en el supuesto de Sindicatos y Organismos sindicales asimilados, dada la naturaleza jurídica de derecho público de estos Entes, pero no resulta aplicable a las Asociaciones sindicales con su propio e independiente patrimonio, y por eso el Decreto de 9 de noviembre de 1972 no establece en ninguna de sus normas la necesidad de la mencionada autorización, y se limita a remitirse en el artículo 97, 2, a lo que establezcan las normas estatutarias de cada Entidad, y sin que la declaración general contenida en el artículo 1.º de la Orden ministerial de 17 de julio de 1973 pueda derogar lo establecido por una norma de rango superior, como es el Decreto de 1972, que regula en forma especial lo relativo a esta materia.

Por último, en cuanto al cuarto defecto, y por los mismos razonamientos que sirven de fundamento a la no estimación del tercero, hay que entender que no es aplicable (dada su naturaleza jurídica privada) a las Asociaciones sindicales la exigencia de subasta pública establecida en el

artículo 61, 3, de la Ley Sindical y 72, 2, del Reglamento de 1973, que se refería solamente a aquellos Organismos sindicales que por su carácter de Corporaciones de derecho público tenían sus bienes una condición cuasi demanial, y que a raíz de los Decretos-leyes de 8 de octubre de 1976 y 2 de junio de 1977 se han integrado dentro del patrimonio de la Administración Institucional de Servicios Socioprofesionales.

COMENTARIO.—Las Resoluciones de la Dirección de 16 de septiembre de 1977 y de 21 de septiembre de 1978 se dictaron en dos recursos que más bien pueden considerarse uno solo en dos actos, el segundo dividido en dos cuadros, pues, como hemos visto, fueron tres las notas puestas sobre el documento. Por ello haré un comentario único con separación de las varias cuestiones planteadas, independientemente de que lo fuesen en uno y otro recurso o en ambos.

I. La cuestión primordial era la naturaleza, régimen legal y estructura representativa de la Asociación de la Prensa de Madrid como persona jurídica vendedora. La clase o tipo de persona jurídica a que ésta perteneciese era fundamental para calificar su capacidad jurídica y la forma en que el señor Del Alamo debía acreditar su representación y facultades para el acto. Y en todo esto, al parecer, la escritura presentaba ciertas omisiones, si no inexactitudes. Aquí estuvo el *quid* de ambos recursos. No obstante, en esta cuestión fundamental voy a ser muy breve, porque todo cuanto cabe decir sobre el régimen jurídico de la Asociación de la Prensa al momento del otorgamiento está dicho, alegado y controvertido suficientemente en las dos largas resoluciones, y un enfoque crítico de dicho régimen jurídico en tal momento, ciertamente confuso por razón de la transición sociopolítica, carecería ya de interés general.

La cuestión primordial es abordada en ambas resoluciones, pero desde puntos de vista diferentes. La visión más general del problema la encontramos en el primer Considerando de la primera Resolución, cuando hace una perspectiva histórica de la Asociación vendedora, que empieza como Asociación benéfica particular y en un momento determinado de su historia se encuadra dentro del régimen sindical. Posiblemente su evolución en tantos años sea más compleja de lo que las Resoluciones recogen, y la misma legislación sindical y síndico-profesional sea aún más profusa y cambiante de lo que ellas expresan (3), pero lo cierto es que la primera Re-

(3) No se citan en el Vistos, acaso por su fuente, ni la Orden de 14 de octubre de 1970 ni la de 16 de julio de 1962, ambas de la Delegación Nacional de Sindicatos. La primera aprobando los Estatutos del Sindicato Nacional de Prensa, Radio y Televisión, en cuya sección social del sector Prensa quedó integrada la Asociación de la Prensa, conservando su autonomía administrativa y personalidad propia, de acuerdo con las vigentes normas sindicales (arts. 45 y 47). La segunda dictó las bases de integración y regulación sindical de las Asociaciones de la Prensa y su Federación Nacional. En la base 1.ª, considerando la peculiar naturaleza de la información y otras circunstancias, dispone que los periodistas quedarán encuadrados, sin más limitaciones que las determinadas por su profesionalidad, en entidades que velen por sus intereses morales y materiales de carácter general y común a la profesión, a saber: la Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa y las Asociaciones de la Prensa. La 2.ª vincula estas entidades a la Organización sindical con pleno respeto a su autonomía funcional y con independencia patrimonial, a través de los respectivos Sindicatos provinciales de Papel, Prensa y Artes Gráficas. La 3.ª concede a las Asociaciones de la Prensa la personalidad jurídica correspondiente a las Asociaciones profesionales o Agrupaciones profesionales integradas en el Sindicato correspondiente y excluidas, por tanto, del Decreto que regula el derecho de Asociación de 25 de enero de 1941, y determina los fines de las mismas. La 4.ª dispone que las Asociaciones de la Prensa ajustarán sus respectivos reglamentos particulares a los Estatutos de la Federación, correspondiendo su aprobación a la Delegación Nacional de Sindicatos. Y la base 5.ª dice que, en régimen de autonomía, su funcionamiento económico-administrativo, la formación y competencia de sus órganos representativos y el procedimiento electoral de designación de los mismos habrá de regularse de acuerdo con las normas generales vigentes en la Organización Sindical, con las adaptaciones inherentes a su peculiar naturaleza. También dispone esta

solución traslada la calificación del plano en que el Registrador la centraba (Ley de Asociaciones) al plano de la legislación sindical (Sindicatos profesionales), y decide que, aunque la escritura no fuese muy correcta, los documentos presentados son no sólo suficientes para subsanarla en cuanto a la naturaleza de la Asociación, sino también justificativos de su capacidad y representación dentro de la legislación que se estima aplicable.

Los Vistos de las Resoluciones detallan las disposiciones principalmente tenidas en cuenta para determinar la inclusión de la Asociación de la Prensa en la Organización Sindical (4).

Están dedicados a perfilar el verdadero *status* jurídico de la Entidad vendedora los Considerandos primero y sexto al décimo de la primera Resolución y quinto al duodécimo de la segunda. De la primera resulta que si bien la Asociación de la Prensa de Madrid surge por Real Orden de 10 de febrero de 1905 como Asociación benéfica particular sobre la que el Gobierno no ha de ejercer más función que la de policía de velar por la higiene y la moral pública, posteriormente (Orden de 16 de julio de 1962) se integra en la Federación Nacional de Asociaciones de la Prensa, como Organización profesional sindical, y como tal no sujeta a inscripción en el Registro General de Asociaciones, sino en el de Entidades Sindicales (Ley de 17 de febrero de 1971), por lo que no deben serla aplicables las normas de la Ley de Asociaciones sobre quórum de asistencia, existencia de Censor en la Junta directiva, etc., resultando, por el contrario, cumplido el requisito de ser extraordinaria la Junta que acuerde la venta de inmuebles exigida por los Estatutos de la Asociación.

En la Resolución segunda la cuestión básica queda resuelta en los Considerandos dichos, decidiendo sobre los cuatro defectos resultantes de la tercera nota de calificación en la siguiente forma:

Respecto al defecto de falta de justificación de que la convocatoria de Asamblea extraordinaria contenía en el orden del día la concreción del asunto a tratar tal como resultó (venta con pacto de retro del edificio Palacio de la Prensa) estiman (Considerandos quinto al séptimo), no sin cierta benevolencia, que la certificación del Secretario aportada demuestra que la convocatoria informaba a los asociados de la importancia del acuerdo que se pretendía adoptar al hablar de la formalización del crédito de hasta 500 millones de pesetas en negociación.

Respecto al de no justificarse el quórum de asistencia se estima innecesario por haberse tomado el acuerdo con unanimidad de asistentes en segunda convocatoria (artículo 22 del Reglamento de Régimen Interior).

Los cuatro últimos Considerandos, partiendo de la diferencia entre Sindicatos y Organismos sindicales, de un lado (Corporaciones de derecho público), y Organizaciones profesionales sindicales de origen voluntario, como son las Asociaciones sindicales a las que las de la Prensa pertenecen (personas jurídicas de derecho privado), de otro lado, resuelve que estas segundas no necesitan ni la autorización ministerial ni la subasta pública

Orden que la Federación elevará a la Dirección General de Sindicatos, a través del Sindicato Nacional del Papel, Prensa y Artes Gráficas, la propuesta de Estatutos y Reglamento, a que se refiere la base 4.ª, para su aprobación.

(4) Instrucción de Beneficencia particular de 14 de marzo de 1899 (art. 3.º), Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 y en especial su Disposición Adicional 1.ª, y Decreto de 20 de mayo de 1965; la Ley Sindical de 17 de febrero de 1971, el Decreto de 9 de noviembre de 1972 sobre Organizaciones profesionales sindicales, el de 29 de marzo de 1973 conteniendo el Reglamento General de los Sindicatos y el de 5 de abril de 1974, y la Orden de 17 de julio de 1973 sobre régimen económico-administrativo sindical.

para los actos de disposición de sus bienes (prevalencia del Decreto de 9 de noviembre de 1972 sobre la Orden de 17 de julio de 1973).

La explicación de que el Registrador y la Dirección llegasen a consecuencias muy distintas partiendo de las mismas disposiciones puede estar no sólo en la abigarrada y profusa normativa sindical, sino también en que la Dirección posiblemente tuvo más en cuenta el nuevo artículo 3.º del Código civil, que ordena aplicar las normas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y precisamente en el período de tiempo relativamente largo en que se desarrollaron los dos sucesivos recursos la realidad sindical estaba sufriendo profundas alteraciones. No cabe opinar aquí sobre si dicho artículo del Código puede desembocar en una aplicación de la Ley excesivamente libre; tampoco sobre si, en el caso concreto, Registrador y Dirección tuvieron en cuenta dichas alteraciones para cada uno de los puntos concretos que se discutían. Repetimos que el tema fundamental del recurso ha perdido interés general, tanto si lo referimos en concreto al *status* jurídico de la Asociación de la Prensa de Madrid como si lo extendemos por analogía a otros supuestos de Entidades a caballo entre las Asociaciones tradicionales y las Entidades sindicales (institucionales o de promoción voluntaria), encuadradas en la Organización Sindical, cuya evolución y desaparición se inicia con la Ley de 1 de abril de 1977 y continúa con los Decretos de 22 de abril y 2 de junio de 1977, etc.

II. La comparecencia de las personas jurídicas. La voluntad negocial de la persona jurídica se manifiesta ante Notario, a través de una persona física que comparece y otorga como representante o como órgano de aquélla. No es necesario que hagamos ni la exposición ni la crítica de los artículos 156, 6; 164, 165, 166 y 173 del Reglamento Notarial. Su insuficiencia queda demostrada por el hecho de que esta materia es una de las menos sedimentadas en la práctica notarial, y en la que es muy frecuente que los datos sobre personalidad, capacidad, representación, etc., sean unas veces excesivos y otras insuficientes. Las múltiples figuras de personas jurídicas de derecho público y de derecho privado, cada una con normativa legal distinta, órganos diferentes, procedimientos múltiples de formación de la voluntad colectiva y de la atribución de dicha voluntad a la persona que ha de comparecer, hace que muchas veces tanto el Registrador como el Notario duden.

En nuestro caso, la dificultad surgió de una insuficiente indicación de la compleja normativa, además de compleja, cambiante, a que estaba sujeta la Asociación de la Prensa de Madrid en la fecha del otorgamiento. En la escritura se la califica como Institución reconocida como de beneficencia particular por Real Orden e inscrita en el Registro correspondiente del Ministerio de la Gobernación. Después, una serie de documentos complementarios la tipifican como Entidad sindical; los detalles han quedado expuestos e insistimos en que el supuesto concreto, no sólo por su complejidad, sino por haber desaparecido actualmente su interés, no va a ser tratado en este comentario, sino como medio de abordar el que sí puede tener interés permanente: si las insuficiencias o inexactitudes de la escritura en relación con el tipo, características y normativa reguladora de la persona jurídica contratante, aun cuando no impliquen incumplimiento de los preceptos reglamentarios citados, en cuanto pueden producir incertidumbre en la calificación de las facultades del representante, deben ser

necesariamente subsanadas por otra escritura de subsanación o rectificación o pueden ser subsanadas o suplidas por documentos complementarios. En nuestro caso, parece que no sólo había excesiva concisión al identificar la persona jurídica y su encuadre legal, sino cierta inexactitud.

El segundo Considerando de la Resolución primera reconoce como cuestión fundamental la de si hacía falta rectificar la escritura o era suficiente aportar documentos complementarios y aclaratorios que viniesen a justificar el verdadero *status* de la Entidad contratante.

El tercer Considerando reconoce que en la escritura se dijo que la Asociación de la Prensa de Madrid es una Institución de beneficencia particular inscrita en el Registro del Ministerio de la Gobernación, y, en cambio, se omite toda referencia a su encuadre en el régimen sindical y su sometimiento al Decreto de 9 de noviembre de 1972; pero el Considerando cuarto, el fundamental para el fallo, afirma que no cabe rechazar los documentos presentados y no tenerlos en cuenta para calificar porque el Registrador no niega su fehaciencia y estimó el defecto subsanable, por lo que habiendo sido aceptado por la otra parte contratante la formalización de la escritura en la forma en que se redactó, se está en una situación análoga a la contemplada por el artículo 166 (debe leerse 146) del Reglamento Notarial. Por lo tanto, los documentos no debieron ser rechazados.

Acaso la doctrina de este Considerando cuarto no deba generalizarse mucho y puede resultar peligrosa fuera del caso contemplado. Pero lo cierto es que la insuficiencia de los preceptos reglamentarios que antes citamos queda demostrada por las vacilaciones y casi contradicciones que pueden observarse en los Considerandos tercero, cuarto y último de la resolución primera, especialmente en este último, que, de un lado, parece contener levisima amonestación al Notario, cuando dice que el buen criterio de suprimir cláusulas farragosas no puede llevarse al extremo de que por razones de brevedad y economía se omitan circunstancias esenciales o de interés el que consten en la escritura (aunque puedan ser completadas con otros documentos), y de otro lado, dice que no cabe afirmar que ha habido error en la comparecencia del vendedor, que el fedatario no infringió precepto alguno y que los documentos aportados no han producido ninguna modificación subjetiva del compareciente, sino una concreción o desarrollo de los datos relativos a su *status* jurídico. Repetimos que doctrina tan benevolente con los documentos complementarios (modificativos?) de la escritura no debe generalizarse en exceso.

Cuando acusamos esta insuficiencia reglamentaria no desconocemos las dificultades para que el artículo 165 y los concordantes del Reglamento Notarial describiesen mejor las circunstancias necesarias para perfilar la clase o tipo de persona jurídica compareciente, su encuadre legal y su *status* jurídico de capacidad y representación de forma suficiente para que el juicio de capacidad del artículo 167 no resulte hecho en vacío y la calificación registral de las facultades del órgano o representante compareciente sea posible. Tales dificultades surgen en cuanto se piensa en la multiplicidad de tipos de personas jurídicas existentes, la anárquica normativa de muchos de ellos y los continuos cambios de tal normativa. De todas formas, bueno será no ser tacaño al interpretar el artículo 156 del Reglamento Notarial, cuando exige «las circunstancias que identifiquen a las personas sociales»...

El Registrador, en la primera nota, no considera insuficientemente iden-

tificada la Asociación vendedora ni dudosa su naturaleza y encuadre legal, sino que, considerando que la escritura es suficientemente expresiva de tratarse de una Asociación sometida a la Ley de 24 de diciembre de 1964, suspende por una serie de defectos basados en dicha Ley y su Reglamento y manifiesta que no se han tenido en cuenta los documentos por no ser subsanatorios de defectos, sino modificativos del elemento subjetivo del acto inscribible, de manera que sus datos deberán resultar de documento público otorgado por todos los intervinientes. Por el contrario, la Dirección entiende que los documentos aportados debieron ser tenidos en cuenta y estimados suficientemente subsanatorios de la insuficiente identificación de la persona jurídica asociacional vendedora, y demostrativos de no existir los defectos señalados (falta de justificación de la inscripción en el Registro de Asociaciones, del carácter extraordinario de la Junta general, del quórum de asistencia y votos favorables y de la intervención del Censor), por no ser aplicable la normativa en base a la cual procedían tales justificaciones.

Una vez más, la Dirección General recurre a razones de economía procesal para proceder de esta manera, pues lo cierto es que, sin apoyarse en éstas, debía haber dado por finalizado el recurso, devolviendo el expediente para nueva calificación en que se tuviesen en cuenta todos los documentos aportados, como indica el Considerando quinto, después de decidir en base a los Considerandos segundo, tercero y cuarto que, a pesar de la omisión de la escritura, tales documentos podían y debían tenerse en cuenta en la calificación. En lugar de esto, las dichas razones de economía procesal llevan a la Dirección a rechazar en los seis últimos Considerandos los defectos expuestos por el Registrador.

Pero al proceder la Dirección de esta manera estaba abriendo la puerta a un futuro recurso, pues de nada servía rechazar los defectos puestos por el Registrador, partiendo de que la Asociación vendedora estaba sometida a la Ley de 24 de diciembre de 1964 y su Reglamento, como se rechazan en dichos seis últimos Considerandos, porque era imposible, o al menos difícil, prever los defectos nuevos que el Registrador podía encontrar en base a la compleja legislación sindical alegada por los referidos documentos, y tampoco era posible prohibir al Registrador que hiciese uso del derecho que le concede el artículo 127 del Reglamento, ni siquiera amenazarle con la sanción disciplinaria del mismo, pues no era incorrecto centrar la primera calificación en la escritura que ninguna referencia hacía a dicha legislación sindical. Y así ocurrió: apenas presentado nuevamente el documento se le puso la nota con los nuevos defectos observados desde la perspectiva de la Asociación dibujada por la Resolución.

El Vistos de la Resolución primera reseña dos Resoluciones: la de 23 de junio de 1905 y la de 30 de julio de 1917.

La de 1905 se cita, al parecer, sólo en relación con el segundo defecto de la misma, consistente en no acreditarse en forma legal, con arreglo al artículo 37 del Código civil, la capacidad de la compareciente como representante de la Conferencia de San Vicente de Paúl de Vitigudino, aunque había sido designada para comparecer por su Junta general, según certificación expedida por la Secretaría con referencia al Libro de actas. De la Resolución no resulta claro si la escritura llevaba unida o no la indicada certificación, pues parece que el Registrador terminó por inscribir con una instancia de la Presidenta, a la que, también según parece, se acom-

pañaba sólo la escritura cuya inscripción se había denegado. El Considerando correspondiente se limita a decir que el artículo 5.º de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos sujetos a Registro establece que cuando alguno de los otorgantes concurre en representación de una sociedad se exprese esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del representado, el nombre de dicha entidad, su domicilio y el título del cual resulta la expresada representación, requisitos cumplidos en el documento de que se trata, sin que esto obstara para que si el Registrador no estima bastante justificada la personalidad de la otorgante habría podido exigir la presentación de documentos complementarios.

La Resolución de 30 de julio de 1917 difiere bastante de la solución dada por la de 16 de septiembre de 1977. En una escritura de hipoteca en la que el acreedor hipotecario, la Caja Rural de Ahorros y Préstamos de Artá, aparecía representada por su Vicepresidente, se insertaba copia de un acuerdo de la Junta general nombrando al compareciente Vicedirector o Vicepresidente de su Consejo, copiándose también el artículo de los Estatutos que autoriza al Presidente para llevar la representación de la Caja en todos los asuntos y contratos y para delegar en el Vicepresidente sus atribuciones verbalmente o por escrito, afirmando el Notario haber comprobado la existencia de tal delegación con el oportuno documento. El Registrador suspendió en tanto no se acompañasen los Estatutos o se justificase debidamente la capacidad de la referida Caja. El Presidente de la Audiencia confirmó la nota, fundándose en que en todo caso se desconoce si la Caja Rural contratante es de las especificadas en el número 1 de la Ley de 30 de junio de 1887 o de las que se hallan exceptuadas de las disposiciones de la misma por proponerse un objeto meramente civil o comercial, ya que la denominación no es dato suficiente para distinguirlas, necesitando el Registrador saber la naturaleza de tal sociedad para determinar la validez de los actos y contratos que realice y la forma de su representación, añadiendo que el Vicepresidente debía demostrar que el Presidente tenía a su vez facultades para realizar el contrato. La Dirección confirmó el Auto presidencial basándose principalmente en que para calificar la capacidad de las «personas jurídicas de naturaleza colectiva» es necesario determinar, además de su nombre, las circunstancias que den a conocer su objeto o fin para que fueron creadas, insertando los artículos correspondientes de sus Estatutos, así como los que se refieran a acreditar la representación de quien comparece a nombre de dichas personas. Vemos cómo esta Resolución, más que favorecer la solución dada en los recursos que comento, más bien da fuerza a la postura del Registrador del número 5 de Madrid.

En relación con la duda de si cualquier inexactitud o insuficiencia en la comparecencia de una persona jurídica a través de su representación u órgano, al indicar su clase y normativa aplicable, es defecto que no cabe subsanar con documentos fehacientes complementarios, el Vistos de la primera Resolución cita el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria y el 34 de su Reglamento. Basta su lectura para comprender cuán poco ayudan para resolver la duda. Algo más sirven los artículos del Reglamento Notarial citados en el Vistos de la misma, pero tampoco la acallan por completo. Menos aún puede solucionarla el casi inútil artículo 110 del Reglamento Hipotecario.

Posiblemente sea necesario para calibrar la naturaleza del defecto distinguir entre la inexactitud y la insuficiencia (error *in comitendo* y error *in omitendo*); pero no podemos entusiasrnos con este criterio diferenciativo, porque no será fácil en muchos casos precisar cuándo una carencia de datos en la escritura puede ser insubsanable totalmente, insubsanable sin otra escritura de rectificación o subsanable mediante documentos fehacientes. Por otra parte, tales incertidumbres no son sólo exclusivas en el campo de las personas jurídicas, sino que pueden surgir en cualquier persona contratante y también en la determinación del elemento objetivo del acto inscribible (descripciones de fincas, carácter de la cosa objeto del acto, etc).

III. Otro problema interesante, planteado principalmente en el segundo recurso, pero que se comprende mejor analizando conjuntamente ambos, es el de la excepción dilatoria de recurso gubernativo resuelto, como el recurrente dice, que de existir nos conduciría a un pleno paralelismo con la excepción de cosa juzgada formal del proceso civil. Innecesario decir que este problema es inseparable de la interpretación del artículo 127 del Reglamento Hipotecario.

Gran parte del escrito del recurso segundo está dedicado a esta cuestión, cargando las tintas en su alegato contra la posibilidad de poner nuevos defectos después de revocada la nota, en base al artículo 127 del Reglamento, que interpreta tan restrictivamente que llega a mantener que sólo debe ser aplicable en el supuesto de cambio de titular del Registro. Pero no es necesario glosar su alegato ni la contestación del Registrador en su informe, justificando la presentación de los nuevos defectos que en el caso concreto no pudieron ser puestos en la primera nota, en la cual se operaba con el enmarque legal de la Asociación vendedora que resultaba de la escritura.

El problema de la excepción de recurso gubernativo resuelto es despedido con excesiva sencillez en el segundo Considerando de la Resolución segunda. El artículo 127 admite excepcionalmente que el Registrador emita nuevos juicios calificativos y alegue defectos no señalados en la nota recurrida y revocada y para evitar el abuso de esta facultad que podría convertir la función registral en una actividad sin fin, establece como contrapunto el mismo precepto, la corrección disciplinaria si procediere. No procede aquí emitir juicio sobre si en lugar de tan pragmático Considerando cabía entrar en un análisis más profundo del precepto reglamentario, coordinándolo con otros del mismo Reglamento para perfilar una doctrina más completa sobre el valor que la Resolución de la Dirección tiene respecto a la calificación definitiva del caso concreto, previa la comparación y diferenciación del recurso gubernativo con el proceso judicial y con el procedimiento administrativo general.

Resulta difícil defender la existencia de tal excepción de recurso gubernativo resuelto en el sentido absoluto de estimar que el Registrador no puede alegar defectos nuevos, pues en el sentido relativo de no poderse insistir sobre los defectos o motivos anteriores es indudable que tal excepción sí existe. La discusión sobre si los defectos son realmente nuevos o no tendrá, naturalmente, que ser objeto del segundo recurso, por lo cual hay que estimar que, en principio, no hay tal excepción.

Esto ha sido reconocido así tradicionalmente. MORELL (5), al glosar el artículo 127 (antes 132), aconseja examinar siempre el título con todo detenimiento «para no verse en el caso de que, al ordenársele la inscripción, encuentre en un examen más detenido o profundo nuevas faltas» que le obliguen a suspender de nuevo o a denegar, ya que, aunque puede hacerlo, puesto que para ello le faculta el precepto, se expone a ser corregido disciplinariamente. A continuación, sin excluir otros, señala dos casos en que no procede la corrección: el de que los nuevos defectos o motivos los exponga Registrador distinto, ya que no puede imponérsele como firme y definitiva una calificación en la que no intervino, ni corregírsele por consignar defectos que no pudo apreciar, y el de que el nuevo defecto proceda exclusivamente del Registro, porque el Registrador examina en primer término sólo el título (6).

No podemos olvidar tampoco que existe cierta contradicción en la regulación reglamentaria del contenido y efectos de la Resolución de la Dirección (y del Auto del Presidente de la Audiencia, en su caso). De un lado, se dice que sólo pueden ser discutidas en el recurso las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador (artículo 117), y a esta norma se la suele dar sentido amplio, como dirigida a éste y a la misma Dirección (o Presidente); se dice también que la Resolución debe ser congruente con las pretensiones deducidas en el procedimiento (art. 118), y, por último, que el Registrador puede alegar defectos no comprendidos en la calificación anterior (art. 127). De todo ello hay que deducir que el ámbito de la Resolución (o del Auto no apelado) queda reducido a los defectos y motivos contenidos en la nota y que fuera de este ámbito nada se ha resuelto ni decidido. Pero, por otro lado, la Resolución debe ordenar, denegar o suspender la inscripción (art. 118), y nada nuevo descubrimos si recordamos que gran parte de las Resoluciones de la Dirección, especialmente las antiguas, cuando son favorables al recurrente, más que revocar el defecto o defectos de la nota, lo que hacen es revocar la nota en cuanto a su pronunciamiento básico y general de denegar o suspender la inscripción. Además, en muchos casos, el fallo se limita a la afirmación general y absoluta de hallarse extendida la escritura con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, o bien a la también general y absoluta de declarar inscribible la escritura o documento. Se me dirá que las fórmulas de estilo del fallo final ni cabe separarlas de los Considerandos ni puede dárseles un valor absoluto contra la normativa reglamentaria; pero no cabe negar que son muchos los indicios de que la Resolución de la Dirección tiende a ser, cuando es contraria al Registrador y favorable al recurrente, una nueva calificación completa, última y definitiva, resultado de un examen total del documento y no mera resolución de una controversia entre partes sobre puntos concretos no siempre fáciles de aislar del contexto general del documento. Lo frecuente de aplicar el principio de economía procesal para entrar a decidir sobre aspectos o cuestiones no incluidas en la nota, tan frecuente como la postura contraria de indicar en los Considerandos que no se entra a resolver sobre tales o cuales cuestiones, por no haber sido objeto de controversia, indica que no

(5) J. MORELL Y TERRY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1917, tomo 3.º, pág. 281.

(6) Disiento de la opinión de MORELL en este segundo caso, por mucho que beneficie al Registrador. Creo que, antes de poner la nota, la calificación ha de ser total con inclusión del examen del folio registral y de los defectos que de él puedan resultar. El examen aislado del título es insuficiente, e incluso hay casos en que el examen del folio desvanece obstáculos aparentes vistos en el título.

siempre es nítido el campo de lo irrevocablemente decidido por la Resolución, y el campo en sombra en el que, por no haberse entrado, queda a disposición del Registrador para poner nuevos defectos (7).

No niego que, en general, y en la duda, hay que inclinarse a favor de la posibilidad de alegar nuevos defectos sobre los que la Resolución nada ha dicho; pero debe calibrarse bien la posible culpa del Registrador en inscribir un documento con defectos no vistos ni antes del recurso, ni en el recurso, ni después del recurso, cuando la Resolución de éste contenía una declaración expresa de ser inscribible el documento o de estar extendido con arreglo a las formalidades y prescripciones legales. De todas maneras, la Dirección es cada día más cauta en sus frases finales de fallo, para no dar pie a interpretar la Resolución como resultado de una calificación completa por un superior, que cerraría el paso a nuevos defectos, pero que también exoneraría al Registrador de sus responsabilidades por inscribir el documento cuando en realidad contenía defectos no vistos.

IV. Como cuestión última, relacionada con la posibilidad del Registrador de acusar nuevos defectos o motivos de suspensión o denegación después de dictada Resolución favorable al recurrente, vamos a tratar de la forma de actuar en esta segunda parte de la calificación.

Nos remitimos a los antecedentes de hecho para no entrar en repeticiones sobre la indignación que parece reflejar el escrito del recurso segundo, que estima encuadrable en el artículo 1.902 del Código la conducta del Registrador, poniendo inopinadamente nueva nota con defectos nuevos, cuando debían cumplir lo ordenado, y tampoco sobre la justificación del Registrador de su proceder, basada principalmente en que el artículo 127 no ordena poner los nuevos defectos en conocimiento previo del interesado ni abrir período alguno de alegaciones.

La Dirección trata de este tema en los Considerandos tercero y cuarto del recurso segundo, decidiendo que cuando el Registrador acusa defectos nuevos, no ventilados en el recurso precedente, debe dar cumplimiento a los artículos 105, 106, 433, 2, y 434, 1, es decir, que debe proceder de la misma manera que cuando encuentra defectos en la calificación normal primera y en concreto comunicar los nuevos, dando oportunidad para subsanarlos o para pedir nota de calificación en el documento. No resulta que el Registrador tuviese en cuenta estos preceptos ni procediese en esta forma; pero la Dirección entiende que hizo suyo el criterio expresado, ya que, en cierto modo, dio cumplimiento a dichos preceptos desde el momento que admitió nuevos documentos posteriormente y los tuvo en cuenta y a la vista para la redacción de la tercera nota complementaria de la segunda.

Aunque los Considerandos que tratan de este problema son totalmente razonables, creo que la cuestión de los plazos en que han de desarrollarse las actuaciones de la renovación de calificación con defectos nuevos y la subsanación de éstos no es tan sencilla y no queda totalmente resuelta con la invocación del artículo 97, apartado tercero, porque si el recurso fue entablado dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, con miras a no perder la prioridad que éste concede al documento, no hay que perder

(7) Por otra parte, no cabe negar que el mismo Reglamento contiene un precepto que admite la posibilidad de que la Resolución decida que procede practicar la inscripción por no adolecer el título de defecto alguno. En tal caso el Registrador extenderá el asiento solicitado previa presentación de los documentos correspondientes. La coordinación de este apartado final del artículo 126 con el 127 no es tampoco pacífica.

de vista el artículo 66 de la Ley y que el referido plazo de vigencia empiece nuevamente a correr desde la Resolución definitiva, por lo cual el artículo 97 por sí solo es insuficiente para que las incidencias derivadas de los nuevos defectos no conduzcan a la pérdida de la prioridad derivada de la primitiva presentación.

Roca dice que la legislación hipotecaria regula con cierta imprecisión la suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación en el caso de interposición del recurso gubernativo; expone para establecer la normativa de este supuesto los artículos 66 de la Ley y 107, 2; 109, 111, 114 y 126 del Reglamento, principalmente, y termina afirmando que, además de la suspensión del plazo de duración del asiento de presentación, éste se prorroga hasta el máximo de quince días más, en la medida que sea necesaria por la vigencia del asiento de presentación, tanto para subsanar el defecto estimado subsanable por la Resolución (confirmando o no la calificación del Registrador) como también cuando se resolviese que el título es inscribible (art. 126) (8).

Pero si esta normativa es algo imprecisa para el caso normal de finalización del recurso (el Registrador ha de inscribir o el interesado ha de subsanar), se hace notoriamente insuficiente para el supuesto de que el Registrador ponga nuevos defectos, pues entonces no sólo hay carencia de normativa reglamentaria, sino que en la práctica los plazos restantes de vigencia del asiento pueden resultar perentorios e insuficientes para que el interesado que ganó el recurso pueda subsanar los nuevos defectos o interponer el nuevo recurso. Pero igual puede ocurrir cuando antes de recurrir el interesado subsana defectos puestos y el Registrador alega otros nuevos, cosa al parecer posible en todo caso conforme al artículo 127 del Reglamento, antes y fuera de todo recurso. Por ello la facultad concedida por este precepto debe ser utilizada con gran cautela no sólo por la amenaza de la corrección disciplinaria, sino por el peligro que puede correr la prioridad sin culpa ninguna del posible perjudicado.

T. C. G.

(8) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 1968, tomo II, págs. 204 y ss.

REGISTRO MERCANTIL

1. A TRAVÉS DEL CORRECTIVO DE LA AUTOCONTRATACIÓN SE TRATA DE DELIMITAR LOS PODERES DEL REPRESENTANTE PARA EVITAR UN PERJUICIO A LOS INTERESES DE SU REPRESENTADO, SIN LA APROBACIÓN O CONSENTIMIENTO DE ESTE ÚLTIMO.

NUESTRA LEY NO PROHÍBE LA EXISTENCIA DE UN CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN CON DOS MIEMBROS, SINO QUE, POR EL CONTRARIO, LA PRESUPONE DADOS LOS TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 73 DE LA MISMA; 102, H), DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL, Y PRINCIPIO GENERAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SANCIONADO EN EL ARTÍCULO 1.255 DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 9 de mayo de 1978 (B. O. del E. de 17 de junio).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada por el Notario recurrente el 9 de agosto de 1976, don Julián de la Cruz Toledo y su esposa, doña María Alberta Campo Garrido, constituyendo la sociedad «Bodegas Cruz Campo, S. A.», interviniendo ambos en su propio nombre y derecho, y haciéndolo además el señor De la Cruz como Administrador único o Gerente de la Entidad «Fomento de Negocios, S. A.» (FOMENSA), cargo para el que fue designado por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Luis Sanz Suares, el 11 de enero de 1974, que fue inscrita en el Registro Mercantil.

Presentada en el Registro Mercantil de Logroño primera copia de la anterior escritura fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que precede en este Registro, se deniega por los siguientes defectos:

1.º Existe autocontratación, porque don Julián de la Cruz Toledo comparece por sí y en representación de la Sociedad 'Fomento de Negocios, Sociedad Anónima', como Administrador único, y, al no acompañarse la escritura de 11 de enero de 1974, en la que se le designa para tal cargo, no consta que en éste se le facultara para autocontratar.

2.º El artículo 7.º de los Estatutos que admite el Consejo con dos únicos miembros, y el acuerdo de designar el Consejo en esta forma—dos únicos Consejeros, que por cierto son esposos—están en oposición con lo dispuesto en los artículos 71 y 73 de la Ley de Régimen Jurídico de Sociedades Anónimas y el artículo 102, b), del Reglamento del Registro Mercantil, porque el Consejo con dos únicos miembros equivaldría a la organización de una administración mancomunada y no solidaria, prohibida en nuestra

Ley, con actuación conjunta, unánime y simultánea de sus Administradores. Por tanto, con dos únicos miembros, desaparece la característica fundamental del Consejo de Administración, que es la de la administración conjunta y por mayoría, y le serían inaplicables las normas sobre constitución y funcionamiento y adopción de acuerdos. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1960. Ambos defectos son insubsanables.»

Vistos los artículos 1.255 del Código Civil; 116 y 117 del Código de Comercio; 71 al 80 de la Ley de 17 de julio de 1951 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, y la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1960.

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que según su criterio la constitución de una Sociedad no es propiamente un contrato, y ésta es también la tesis mantenida por gran parte de la doctrina, por lo que, si no existe contrato, no puede hablarse tampoco de autocontratación; que en la escritura calificada se testimoniaron parcial y brevemente, pero en forma suficiente, los particulares pertinentes de la escritura fundacional de «Fomento de Negocios, S. A.», así como la de nombramiento de Administrador, de 11 de enero de 1974; que si a pesar de ello el Registrador considera indispensable el testimonio íntegro de esta última escritura, la nota debería de ser de suspensión y la calificación de la falta de subsanable, y con mayor razón teniendo en cuenta que una hipotética extralimitación de facultades del Administrador único sería también subsanable por acuerdo de la Junta general; que en cuanto al segundo defecto señalado en la nota cabe alegar que los artículos 71 y 73 de la Ley de Sociedades Anónimas y el 102, *h*), del Reglamento del Registro Mercantil no fijan número mínimo de miembros para el Consejo, por lo que es admisible cualquier pluralidad; que en el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina; y que la sentencia de 20 de abril de 1960, que se cita en la nota, es poco explícita y no tiene el sentido general que se le quiera dar, sin que el supuesto que contempla coincida exactamente con el del caso que nos ocupa.

El Registrador dictó acuerdo, manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: que es indudable que nuestro derecho positivo vigente califica, por definición, a la Sociedad como un contrato (art. 1.665 del Código civil), reiterando tal calificación en los artículos 1.668, 1.676, 1.679, 1.692 y otros del mismo Cuerpo legal; que en el mismo sentido se manifiesta el Código de Comercio (arts. 116, 117, 119 y 121) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto anterior como posterior a la Ley de Sociedades Anónimas (sentencias de 22 de abril de 1958, 3 de diciembre de 1959, 24 de junio de 1960 y 11 de diciembre de 1965, entre otras); que el defecto señalado es insubsanable por estar viciadas de nulidad las declaraciones de voluntad emitidas, a tenor del artículo 4.º del Código civil; que en relación al segundo de los defectos, y a pesar de la elasticidad de los artículos 71 y siguientes de la Ley, del contenido de los mismos se deduce claramente la intención del legislador de excluir el sistema de administración en régimen de pura mancomunidad, deduciéndose asimismo que la esencia del sistema de administración por Consejo radica precisamente en la colegialidad o adopción de acuerdos por mayoría, hasta el punto de que las disposiciones legales serían de imposible aplicación en la hipótesis

de que, integrado el Consejo por dos únicos miembros, fuera necesaria la actuación unánime (así, el art. 73, 2.º; art. 77 y art. 79); que el artículo 78 de la Ley establece, con carácter imperativo, el régimen de mayorías para la constitución del Consejo y la adopción de acuerdos, régimen absolutamente inviable en la hipótesis de dos únicos consejeros; que es indudable que la expresión «varias personas» del artículo 73 de la Ley se refiere a la existencia de más de dos, pues habitualmente el término «varios» se utiliza para expresar pluralidades superiores a dos seres; que la sentencia de 20 de abril de 1960 adopta como uno de los fundamentos del fallo «la imposibilidad de alcanzar la mayoría exigida por la Ley», lo que hace innecesarias otras consideraciones.

Y la Dirección General confirma únicamente el primero de los defectos incluidos en la nota, en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección.—Son dos las cuestiones a examinar en este recurso: una primera, relativa a la posible existencia de una autocontratación al constituirse la Sociedad, y la segunda, que hace referencia a si puede crearse un Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros.

En cuanto a la primera cuestión, es de observar que si uno de los futuros socios comparece en la escritura de constitución de la nueva Sociedad no sólo en nombre propio, sino también en representación de una Sociedad, en la que su objeto social es crear Sociedades o participar en las ya creadas, mediante aportación de capital o de servicios de asesoramiento, y, como Administrador único, se encuentra facultado para estos actos, por estar dentro del giro y tráfico de la Empresa—artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas—, es indudable que se produce una situación en la que puede existir una contradicción de intereses y el consiguiente peligro de que se vea afectada la Entidad representada por una actuación abusiva de quien obra en nombre de intereses diversos, lo que hace necesario el conocimiento y la autorización de dicha Entidad, pues de lo contrario se estaría ante un supuesto de autocontratación, no permitido en nuestro derecho.

No parece oportuno examinar la naturaleza jurídica del acto de constitución de una Sociedad, ya que, a efectos de este recurso, es totalmente indiferente el que tal acto sea o no un contrato, pues no cabe encuadrar la figura de la autocontratación en tan pequeño campo, y que no puede aplicarse, por tanto, a otro tipo de negocio jurídico, ya que no hay que olvidar que, al emitirse por una misma persona dos declaraciones de voluntad, una en nombre propio y otra en nombre ajeno, se está ante un juego de intereses, y que lo que se trata, a través del correctivo de la autocontratación, es el de delimitar los poderes del representante para evitar un perjuicio a los intereses de su representado, sin la aprobación o consentimiento de este último.

En cuanto al segundo de los defectos, no deja de resultar un tanto extraño la posible existencia de un Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros, dadas las dificultades con que ha de tropezar para su constitución y funcionamiento, que podría llevar a una paralización de la Sociedad por falta de funcionamiento de este órgano social y, aunque pudiera soslayarse alguno de los inconvenientes apuntados, verbigracia pactando en los Estatutos la concesión de voto dirimente, en caso de empate, al Presidente, siempre resultará difícil cumplir la norma

de constitución del Consejo—artículo 78 de la Ley de Sociedades Anónimas—cuando uno de los dos componentes no quiera aceptar la propuesta del que tiene voto de calidad.

No obstante los inconvenientes prácticos señalados, no hay duda que nuestra Ley no prohíbe la existencia de un Consejo de Administración de este tipo, sino que, por el contrario, la presupone, dados los términos de los artículos 73 de la misma y del 102, *h*), del Reglamento del Registro Mercantil, lo que unido al principio general de autonomía de la voluntad, sancionado en el artículo 1.255 del Código civil, fundamental en esta materia, obligan a no tomar en consideración el defecto discutido.

COMENTARIO.—Son dos los defectos señalados en la nota de calificación, y la Dirección General confirma la existencia del primero, denunciador de la autocontratación, y revoca el segundo—Consejo de Administración compuesto únicamente por dos miembros—, sentando doctrina en el sentido de que, pese a los inconvenientes prácticos de esta figura, nuestra Ley no prohíbe la existencia de un Consejo de este tipo.

La cuestión relativa al número mínimo de puestos en el Consejo de Administración no es nueva, ya que en torno a ella se han pronunciado, por lo general en el sentido afirmativo precisado por la Dirección, un amplio sector doctrinal, guiado siempre, a nuestro juicio, por la necesidad de atemperar las disposiciones de la Ley de Sociedades Anónimas a las sociedades familiares, que, pese a ser muy numerosas, en la práctica carecen de regulación específica en nuestro derecho positivo. Precisamente, la Resolución que antecede se dicta respecto de una Sociedad anónima de tres socios fundadores y en cuyos Estatutos se pacta la existencia de un Consejo con un mínimo de dos Consejeros. También es cierto que el problema apuntado ha perdido ya o va a perder en fecha próxima toda su actualidad, caso de que prospere el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas que, siguiendo las directrices del derecho comparado europeo, exige en su artículo 89, como una de las formas del órgano de administración, la existencia de un Consejo integrado por un mínimo de tres y un máximo de doce miembros. Sin embargo, esta circunstancia no impide esbozar un breve comentario, al menos respecto de las motivaciones que pueden haber influido en los redactores del Anteproyecto, para restablecer con claridad el principio de que «tres forman Consejo, y de que dos actúan solidariamente o por unanimidad».

En la vigente Ley de Sociedades Anónimas, la administración puede revestir las siguientes formas: no colegiada—confiada a un administrador único o a varios administradores solidarios—, colegiada—centrada en el Consejo de Administración—o en la combinación de las dos anteriores modalidades. La forma de administración colegiada se exige cuando la administración se confie conjuntamente a varias personas; éstas no actúan mancomunadamente, es decir, de forma conjunta y simultánea, como ocurre en derecho civil, sino mayoritariamente, de forma colegiada, para el régimen de adopción de acuerdos.

Para que pueda tener lugar la actuación del Consejo, la Ley de Sociedades Anónimas exige el cumplimiento de dos requisitos: 1. Que concurren a la reunión, presentes o representados, la mitad más uno de sus componentes. 2. Que los acuerdos se adopten por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes. Examinemos la posibilidad de cumplimiento de estas normas cuando el Consejo esté constituido solamente por dos miembros.

En primer lugar, el artículo 73 habla de «varias personas» para la válida constitución del Consejo. En su acepción gramatical «varios» es equivalente a «algunos», «unos cuantos» que presuponen siempre más de dos. Prescindiendo de este defecto gramatical surge el obstáculo jurídico representado por el artículo 83, que referido a un Consejo de dos miembros habría de entenderse del siguiente modo: 1. Que concurren a la reunión todos sus componentes. 2. Que los acuerdos se adopten por unanimidad. Es evidente que un pacto estatutario de este tenor no tendría acceso a ningún Registro Mercantil, pues contradice abiertamente todos los preceptos de la ley referidos al Consejo de Administración. Pero hay más: si se concede, como indica la Dirección, voto de calidad a uno de los miembros del Consejo, nos encontraríamos en caso de discrepancia de los consejeros, con un Consejo que o no se constituye o que si lo hace, el solo voto de calidad de uno de sus miembros sería decisivo. Para estos casos es evidente que está la figura del administrador solidario prevista en la propia ley.

En resumen, el principio deliberante es esencial para la actuación colegiada y ésta resultará ilusoria si no se exige un mínimo de pluralidad superior a dos, pues éste constituye un número insuficiente para los casos de discrepancia. Existen en la actuación del Consejo dos campos netamente diferenciados: el de la reflexión y deliberación, necesariamente colectiva y superior a dos, y el de la ejecución, que puede encomendarse a uno.

E. F. C.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. USUCAPION «CONTRA TABULAS»: PREVALECE FRENTE AL TITULAR REGISTRAL QUE NO OSTENTA TITULO ONEROSO, SINO HEREDITARIO, RESPECTO A UN EXCESO DE CABIDA DE LA FINCA, PROSPERANDO, EN CONSECUENCIA, LA ACCION REIVINDICATORIA DEL QUE USUCAPIO (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Varios propietarios formularon demanda contra don José y don Julio B. Castro, estableciendo que a cada uno de los demandantes les pertenecían las fincas que describían en toda su extensión, a pesar de lo cual los demandados se habían apropiado la parte de dichas fincas existente a la izquierda de la carretera que construyó Obras Públicas cruzando las fincas de los actores; además, que los demandados incluyeron en su finca esos terrenos al poner como viento norte la referida carretera, obteniendo de ese modo la inscripción a su favor. Suplican se dicte sentencia por la que se declare que cada uno de los demandantes es propietario, respectivamente, de las fincas descritas y que forman parte de ellas los terrenos situados a la izquierda de la carretera, habiendo sido incluidos indebidamente tales terrenos por los demandados dentro de su finca, que heredaron de su padre, al describirla en la partición de herencia, poniendo el viento norte de la citada carretera, por lo que es nula, careciendo de valor y efecto no sólo la referida partición, sino también los documentos anteriores que a tal fin dichos demandados otorgaron, procediendo la cancelación respectiva en el Registro de la Propiedad de Ordenes.

El Juez de Primera Instancia número uno de Santiago de Compostela dictó sentencia desestimando la demanda, pero dicha sentencia fue revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que estimó la demanda, debiendo reconstruirse, en ejecución de sentencia, la línea ideal divisoria de las fincas por las normas del deslinde

y amojonamiento del Código Civil, y rectificarse en el mismo sentido las inscripciones registrales.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al mismo por lo siguiente:

«Considerando que entre las reglas a que en nuestro Ordenamiento jurídico debe someterse el ejercicio de la acción reivindicatoria, otorgada al propietario de bienes inmuebles por el párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil, y que guardan relación con los problemas planteados en los dos primeros motivos del presente recurso, formulados al amparo del número uno del artículo 1.692 de la Ley Procesal, figuran las siguientes: Primera. Que quien pretenda utilizar dicha acción ante los Tribunales acredite cumplidamente el título de dominio que ostente sobre la finca de que se trate, la identidad de ésta y su posesión o detentación por la parte demandada (sentencias de 31 de enero de 1976 y 28 de enero de 1977). Segunda. Que no es imprescindible que dicho título consista en un instrumento público o documento privado, puesto que el derecho del actor puede justificarse por cualquiera de los medios probatorios admitidos por nuestra legislación e incluso a través de la posesión continuada durante el plazo y con las condiciones establecidas en los artículos 1.941, 1.949 y 1.963 del mencionado Código, para la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio y derechos reales sobre esa clase de bienes (sentencias de 3 de febrero y 24 de junio de 1966 y 5 de octubre de 1967), es decir, en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante más de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe (sentencia de 29 de abril de 1971). Tercera. Que tal usucapión puede surtir la totalidad de sus efectos, incluso *contra tabulas*, cuando los que tengan inscrito el dominio de sus bienes en el Registro de la Propiedad correspondiente no ostenten la condición de terceros, conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, según claramente indican los términos en que está redactado el artículo 36 de dicho Cuerpo legal (sentencias de 20 de octubre de 1941 y 9 de octubre de 1973), como sucede con quienes no hayan adquirido su derecho a título oneroso. Cuarta. Que la apreciación de la existencia de los requisitos primeramente enumerados es función encomendada a los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo que se demuestre lo contrario a través del cauce establecido en el número siete del artículo 1.692 de la Ley de Trámites (sentencias de 9 de febrero de 1972 y 2 y 8 de abril de 1976).»

«Considerando que de lo afirmado por el Tribunal *a quo* en la resolución que se impugna, se deduce con toda claridad que dicho órgano jurisdiccional estimó como acreditado en el proceso de que estas actuaciones dimanaran, los hechos que a continuación se expresan: que los actores, con apoyo en un documento privado de compraventa de 31 de mayo de 1929 y en ulteriores cuadernos particionales, poseyeron desde esa fecha la parcela que tratan de reivindicar en concepto de dueños y con los requisitos exigidos por el artículo 1.941 del Código Civil, hasta que fueron lanzados de ella en ejecución de sentencias pronunciadas en procedimientos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que contra los mismos se siguieron en 1972 y 1973; que tales terrenos no están incluidos en las fincas relacionadas en las escrituras públicas de 13 de octubre de 1879 (tal vez se refiere a la de

14 de octubre de dicho año, obrante al folio 72) y 20 de noviembre de 1880, que dieron origen a la primera inscripción de los bienes de los demandados en el Registro de la Propiedad correspondiente en 1903; que la indicada parcela no debió acceder a los asientos registrales hasta el 10 de octubre de 1953, en cuyo día se inmatriculó un exceso de cabida de los predios registrados a nombre de los demandados o su causante, justificado por medio de un acta de notoriedad en la que no aparece suficientemente probado el dominio de la superficie incorporada, y que los actuales recurrentes son dueños de las fincas inscritas, antes aludidas, por haberlas adquirido de sus antepasados a título hereditario.»

«Considerando que al deducir de los anteriores hechos la Sala de instancia que los actores han acreditado suficientemente en los autos la concurrencia de cuantos requisitos son necesarios para el éxito de la acción reivindicatoria por ellos ejercitada, y al declarar en la parte dispositiva de su sentencia que los terrenos litigiosos les pertenecen en pleno dominio en la proporción y límites señalados en la súplica de su escrito de demanda, no ha infringido por aplicación indebida el párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil, ni por no aplicación el primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, como se pretende en estos dos motivos, dado que la presunción *juris tantum* de legitimación, que el último de estos preceptos contiene, cede ante su discordancia con actuaciones extrarregistrales existentes (sentencias de 7 de mayo de 1975 y 26 de abril de 1976), como lo es, en el supuesto que aquí se contempla, la usucapión extraordinaria operada en favor de los actores, al amparo del artículo 1.959 del mencionado Cuerpo legal, que produce la plenitud de sus efectos *contra tabulas* frente a los demandados, al no estar éstos protegidos por el párrafo primero del artículo 34 de la expresada ley, puesto que adquirieron su derecho no a título oneroso, sino lucrativo, como derivado de la herencia de sus causantes, razones todas ellas que hacen decaer estos motivos, y con ellos el tercero, dirigido por el cauce formal de los anteriores, por fundamentarse el mismo en elementos fácticos contrarios a los admitidos por la Sala sentenciadora, hallándose incurso en el número nueve del artículo 1.729 de la Ley Rituaria, y porque, en último término, la acción de deslinde, reconocida por el artículo 384 de nuestra Ley Civil Sustantiva, puede deducirse ante los Tribunales conjuntamente con la reivindicatoria cuando, como aquí ocurre, se discute si dentro de las parcelas reclamadas están o no incluidas determinadas hectáreas (sentencias de 2 de noviembre de 1960 y 23 de mayo de 1967).»

ZONA MARITIMO-TERRESTRE: ES BIEN DE DOMINIO PUBLICO INALIENABLE E IMPRESCRIPTIBLE, NO PUDIENDOSE CONSIDERAR COMO DERECHOS LEGALMENTE ADQUIRIDOS EN ELLA LOS DE PARTICULARES QUE INSCRIBIERON EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD SUS TITULOS, PUES PARA LA ENTRADA EN EL COMERCIO DE LOS HOMBRES ES NECESARIO UN ACTO ESTATAL DE DESAFECTACION O CAMBIO DE DESTINO. NO SE APLICA EL PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su peculiar representación, presentó demanda contra don Manuel Braña M. y otros, suplicando se dicte sentencia por la que se declare: a) Que los terrenos que en el plano de deslinde

de la zona marítimo-terrestre quedan delimitados como las parcelas 18, 19, 20, 21, 22 y 15, son terreno de dominio público estatal por estar enclavados dentro de dicha zona marítimo-terrestre, así como la finca cuya propiedad se atribuye el Ayuntamiento de Muros, también demandado. *b)* Que, en consecuencia, carecen sobre los mismos de todo derecho dominical y de cualquier índole cada uno de los demandados, condenándolos a que así lo reconozcan y dejen libres y a disposición del Estado tales parcelas. *c)* Que se declaren nulos de pleno derecho los títulos que como básicos de su supuesto dominio invocan los demandados, y nula asimismo la inscripción registral que en virtud de dichos títulos haya podido practicarse, y cuya cancelación en cumplimiento de la ejecutoria se efectuará por el Registrador de la Propiedad.

La parte demandada contesta a la demanda alegando la condición de tercero hipotecario por haber adquirido las fincas de quienes figuraron como legítimos propietarios en el Registro, siendo el expediente de deslinde posterior al título de los demandados.

El Juez de Primera Instancia número dos de La Coruña dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, advirtiéndolo, en relación con unas construcciones realizadas en alguna de las fincas de buena fe, que el actor puede optar por hacerlas suyas abonando su importe u obligar a los demandados a pagar el precio del terreno, en la forma que se determinará en ejecución de sentencia.

Apelada la anterior sentencia por los demandados, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia confirmando, en parte, la del Juzgado, pero absolviendo a dos de los demandados, cuyas parcelas no se declaran propiedad del Estado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara haber lugar al mismo, destacando los siguientes «considerandos» de la primera sentencia:

«Considerando que ciertamente esta Sala tiene declarado: *a)* que las accesiones o aterramientos en la zona marítimo-terrestre 'se califican por la Ley de Bienes de Dominio Público, y, en consecuencia, al particular que se oponga a tal adscripción corresponderá probar, no al Estado, los hechos obstructivos a la misma o, en su caso, el derecho que sobre los mismos reclama' (sentencia de 28 de noviembre de 1973); *b)* que estos hechos obstructivos no se pueden fundamentar en la simple inscripción registral de la finca, porque tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad (sentencia de 3 de junio de 1974); *c)* que la pretensión obstructiva del particular sólo puede prosperar si se demuestra la desafectación de los bienes, o que su alienabilidad ha sido autorizada, o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880 (sentencia de 7 de mayo de 1975); *d)* que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias de la declaración que determina que los terrenos enclavados en la zona marítimo-terrestre pertenecen al dominio público, debe probar inexcusablemente bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía (sentencia de 23 de abril de 1976).»

«Considerando que en el motivo segundo, también formulado al amparo del número primero del referido artículo 1.692, se denuncia la interpretación errónea de los artículos 1.º de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1880, 1.º de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, y artículo 1.º, párrafo primero, y artículo 4.º, párrafo primero, de la Ley de Costas de 28 de abril de 1969; infracciones que se cometen, según el recurrente, por proclamar la sentencia recurrida que la adquisición dominical de los apelantes es de fecha anterior a la resolución aprobatoria del deslinde y, por tanto, se halla protegida por el Derecho común y por el hipotecario, por ser ellos los particulares a que hacen referencia los preceptos invocados, cuando la verdadera interpretación de tales preceptos es—según la parte recurrente—que esos *derechos legalmente adquiridos* no son los que provienen de un título de dominio, de una inscripción tabular o de una posesión más o menos prolongada, sino aquellos que necesitan un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres de tales bienes originariamente pertenecientes al dominio público, es decir, una decisión estatal relativa a la desafectación o cambio de destino de los bienes.»

«Considerando que interpretando los invocados preceptos, esta Sala ha declarado que los bienes situados dentro de la zona marítimo-terrestre están fuera del comercio de los hombres, lo que los hace inalienables e imprescriptibles, normativa que rige mientras no se produzca una desafectación o cambio de destino, pues sólo en ese momento los bienes dejan de pertenecer al dominio público y entran en el comercio de los hombres (sentencias de 7 de mayo de 1975; 23 de abril, 25 de octubre y 2 de diciembre de 1976); por tanto, «los derechos legalmente adquiridos, a que se refieren las normas invocadas por el recurrente sólo pueden ser los producidos por una decisión estatal relativa a la desafectación o cambio de destino de los bienes después de la vigencia de tales normas.»

«Considerando que en el motivo quinto se imputa a la sentencia recurrida la infracción de ley por aplicación indebida de los artículos 31 y 38 de la Ley Hipotecaria, porque para desestimar las pretensiones del Estado frente a los señores Camargo y Braña, se funda en reputarles protegidos por dichas normas, olvidando—dice el recurrente—que los principios de legitimidad registral no son aplicables a los terrenos del demanio marítimo según la jurisprudencia de esta Sala.»

«Considerando que efectivamente es doctrina de este Tribunal: a) que los bienes de dominio público, al estar exceptuados de inscripción en el Registro de la Propiedad, no necesitan tales bienes de las ventajas y garantías que proporciona el sistema registral, cuyo contenido no puede perjudicarles (sentencias de 28 de noviembre de 1973 y 3 de junio de 1974); b) que el principio de legitimación registral, formulado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo es con la fuerza y la virtualidad de una '*presunción juris tantum*', que se destruye cuando la realidad física y jurídica se enfrentan con la realidad registral (sentencia de 7 de mayo de 1975), y c) que tal virtualidad 'debe quedar enervada cuando frente a la inscripción registral se acredita la real existencia de una zona marítimo-terrestre de dominio público perfectamente determinada, y dentro de la cual se justifica que se encuentran los bienes litigiosos inscritos a nombre de un particular' (sentencia de 23 de abril de 1976, que cita las dos anteriores).»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda respecto a los dos demandados que la sentencia de la Audiencia había absuelto.

NOTA.—En cuanto a la crítica que nos merece la jurisprudencia existente acerca de la relación entre zona marítimo-terrestre y Registro de la Propiedad, y en cuanto a la existencia de una línea dura frente al Registro y otra más matizada, según los supuestos de hecho, nos remitimos a los comentarios publicados en los números 533 y 534 de esta Revista, páginas 937 y 1142, respectivamente.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: NATURALEZA Y ALCANCE. LEGITIMACION PASIVA PROCESAL. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. BIEN PRIVATIVO, NO GANANCIAL. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Don Domingo Pereira G. interpuso demanda contra don Julio Vidal C., exponiendo que el demandante es dueño de una casa de planta baja y piso alto, que adquirió por compra en escritura pública inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad; que el anterior propietario tenía arrendada la parte izquierda del edificio al ahora demandado, el cual, a pesar de haber sido requerido notarialmente, no paga la renta correspondiente al arriendo. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que el actor es propietario de la finca descrita y que el arrendatario de la parte izquierda de la casa viene obligado a satisfacer la cantidad correspondiente a las rentas vencidas.

El demandado se opone alegando que la casa no pertenecía en realidad al actor, porque tampoco pertenecía al que se la transmitió.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Pontevedra dictó sentencia estimando la demanda, que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

1.º *No procede aplicar la presunción de ganancialidad cuando se estima probado por el juzgador que el bien era privativo.*—Se ocupan de esta cuestión los «considerandos» tercero y cuarto, en estos términos:

«Considerando que contra esta sentencia alza el recurrente su recurso, en cuyo primer motivo, al amparo de igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia una supuesta ‘infracción por inaplicación o violación de los artículos 1.401-1.º y 1.407, en relación con los 1.413 y 1.416 del Código Civil, que establecen la presunción de ser gananciales todos los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio, y que determinan la manera de poder disponerse de los bienes de tal clase; según el recurrente, la transacción por la cual doña Josefa Argibay Marqués reconocía en favor de don Juan Natividad González la propiedad del inmueble litigioso, por ser realizada sin el concurso y consentimiento de su marido, don Manuel Barros Aribay, es nula de pleno

derecho, por contravenir lo dispuesto en los dos artículos últimamente invocados, y, por consiguiente, la correlativa transmisión de dicho inmueble hecha por el don Juan Natividad González a favor del actor, don Domingo Pereira G., no pudo tener eficacia alguna.»

«Considerando que al razonar de este modo el recurrente, hace supuesto de la cuestión, y viene a atacar realmente y por inadecuada vía, las afirmaciones básicas de la sentencia recurrida, estableciendo, por su parte, otras que las contradicen, sin haber, empero, demostrado previamente por el cauce oportuno que las de la sentencia son erróneas; en efecto, tal resolución estima probado que aunque en anterior pleito se proclamaba que la casa litigiosa era propiedad de doña Josefa Argibay Marqués, ésta, en una transacción posterior, afirmó que era del don Juan Natividad González, y en el actual proceso reconoció eso mismo, aclarando que durante su matrimonio con don Manuel Barros Argibay nada compraron, y que cuando vinieron, ya el don Juan Natividad había adquirido dicha casa; por tanto, las gratuitas manifestaciones del demandado respecto a los derechos del don Manuel sobre el inmueble litigioso, y las del propio don Manuel cuando depone a instancia del referido demandado, carecen de eficacia para enervar aquellas aseveraciones de la sentencia recurrida, y tampoco servirían a ese efecto, aunque fueren formuladas al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

2.º Naturaleza, alcance y contenido de la acción declarativa de dominio en relación con las cuestiones de legitimación pasiva procesal y de litisconsorcio pasivo necesario.—Se ocupan de esto los «considerandos» quinto a undécimo, ambos inclusive, del siguiente tenor:

«Considerando que en el motivo segundo, y con amparo también en el mencionado párrafo primero del artículo 1.692, se acusa la ‘infracción, por interpretación errónea, de la doctrina legal contenida en la sentencia de 28 de febrero de 1962, que reitera la de las de 21 de febrero de 1961, 3 de mayo de 1944 y 25 de abril de 1949, doctrina que proclama que la acción declarativa de dominio no tiene sólo por objeto la declaración de éste, sino que tal declaración tiene que hacerse frente a quien discute tal derecho o se lo arroga; en defensa de la prosperabilidad de este motivo, el recurrente alega: a) que él es el arrendatario de la finca, pero no se atribuye la propiedad de ella, pues sólo le vincula con el actor una relación arrendaticia, y que no le desconoce su cualidad de arrendador, por lo que entiende que no debió ser demandado, ya que no le afecta la cuestión de propiedad; b) que, en cambio, quien la discute y se atribuye el dominio es el marido de doña Josefa Argibay, que es, a juicio del recurrente, el verdadero dueño del inmueble y quien puede resultar afectado por la resolución dictada, y, sin embargo, no fue llamado al proceso, por lo que—concluye—una declaración de dominio sin haber sido previamente oído y vencido resulta impropio.»

«Considerando que en este motivo, lo que el demandado plantea es el problema relativo a la naturaleza, alcance y contenido de la acción declarativa de dominio y a quienes pueden ser sujetos pasivos en el ejercicio de tal acción, y para dotar de cierta apariencia lógica la falta de legitimación pasiva que alega, sostiene que él no negó al demandante su *cualidad de arrendador*, por lo que no tenía que ser demandado, debiendo serlo, en cambio, el marido de doña Josefa Argibay, que—según dicho recurrente—

es el verdadero propietario de la cosa litigiosa; pero olvida dicho recurrente que la acción declarativa del dominio, como ha dicho esta Sala en sus sentencias de 21 de febrero de 1945, 27 de mayo de 1944, 25 de abril de 1949, 5 de octubre de 1959 y 28 de febrero de 1962, entre otras, tiene como finalidad la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria, que discute ese derecho o se lo abroga o se lo atribuye, y que, por tanto, la persona que de un modo serio, formal, deliberado y solemne le discute el derecho de dominio al propietario o no se allana a reconocerlo, está legitimada pasivamente y debe sufrir las consecuencias que del proceso se deriven.»

«Considerando que en el caso que ahora se contempla, aunque el demandado no se niega de manera expresa a reconocer el dominio del actor sobre la casa litigiosa, sin embargo, de manera implícita sí se lo discute, pues afirma que el verdadero dueño de ella es el marido de doña Josefa Argibay y, por tanto, cuando la sentencia impugnada lo reputa legitimado pasivamente, no interpreta con error la doctrina legal aludida, sino, al contrario, hace de ella la correcta exégesis que tal doctrina comporta.»

«Considerando que en el motivo tercero, igualmente formulado al amparo del número primero del artículo 1.692, se denuncia 'la infracción, por inaplicación de la doctrina legal, contenida, entre otras, en las sentencias de 21 de diciembre de 1956; 20 de enero, 27 de octubre y 21 de diciembre de 1966; 19 de mayo de 1955, y 19 de mayo de 1964, relativa al presupuesto procesal del litisconsorcio pasivo necesario, que exige que sean llamados al proceso todos los interesados en la cuestión, doctrina que, según dicho recurrente, se infringe por violación, al omitir que el único demandado en el proceso de autos sea el arrendatario, y no exigir que sea llamado al proceso quien pueda discutir al arrendador su cualidad de dueño de la finca y se la atribuye, que es don Manuel Barros Argibay.»

«Considerando que en realidad en este motivo viene a plantearse el mismo problema, pero desde otro punto de vista: si la relación jurídico-procesal queda correctamente constituida, cuando de acción declarativa de dominio se trata, trayendo solamente al proceso a la persona que niega o no reconoce el derecho de dominio controvertido—tesis de la sentencia impugnada—, o si, por el contrario, para que quede correctamente constituida, tienen que traerse al proceso todas aquellas personas que el opositor designe como posibles titulares de tal derecho—tesis del recurrente—.»

«Considerando que esta última tesis tiene que ser rechazada, porque conduciría a la indefinida prolongación de los pleitos en que se ejercitase una acción declarativa de dominio, pues al demandado le bastaría con designar como posible contradictor a cualquier persona para que ésta tuviese que ser traída al proceso, y como ella, a su vez, podría señalar a otro posible tercer contradictor, también habría que traerlo al proceso, y así indefinidamente; en la acción declarativa de dominio está legitimada pasivamente la persona que no lo quiere reconocer, y no tiene por qué citarse a quien no alegue interés opuesto e incompatible con el demandado, y, consiguientemente, la sentencia que en tal proceso recaiga no afecta más que a los que han sido vocados a él.»

«Considerando que, por tanto, la sentencia impugnada no interpreta erróneamente la doctrina legal invocada en el motivo, pues no procedía declarar incorrectamente constituida la relación jurídico-procesal, ya que la simple circunstancia de que el demandado hubiese alegado que el dueño de la cosa

litigiosa era don Manuel Barros, y la de que éste, actuando como testigo a instancia de aquél, dijese lo mismo, no altera la relación jurídico-procesal derivada del ejercicio de la acción declarativa, como razonado queda, pues lo contrario obligaría a prolongar indefinidamente los procesos en que tal acción se ejercitase.»

3.º *Doctrina de los actos propios.*—Aluden a ella los «considerandos» 12 y 13, así:

«Considerando que en el último motivo del recurso, por adecuada vía procesal, se denuncia la infracción por aplicación indebida de la doctrina legal, del valor vinculante de los actos propios, sosteniéndose que se hace aplicación indebida de ella al caso de autos, al proclamar que, como el demandado tiene reconocido, en el contrato de arrendamiento litigioso, la condición de dueño del inmueble arrendado en don Juan Natividad González, no puede ahora pretender desconocerla en el presente proceso, y se sostiene que se hace esa aplicación indebida porque no hay identidad de sujetos en los dos momentos que ponen en parangón: el de la suscripción del contrato por el demandado con don Juan Natividad González, y el de la oposición en el pleito del que dimana el presente recurso.»

«Considerando que para comprobar la improsperabilidad de este motivo basta tener en cuenta que, como dice la sentencia recurrida, 'la postura del demandado, Julio Vidal C., viene condicionada en toda su extensión por su dependencia jurídica con el causante del actor, don Juan Natividad González, ya que: a) con dicho Juan Natividad concertó el contrato de arrendamiento de 22 de mayo de 1972, en el cual y de forma expresa el arrendador hace constar su carácter de propietario del inmueble; b) al absolver la segunda posición, el demandado reconoce que el entonces arrendador le entregó la posesión arrendaticia, y c) cuando fue demandado en juicio de desahucio por falta de pago de las rentas... consignó las mismas..., aunque también es cierto que al ser demandado por la misma razón por el hoy demandante alegó la no titularidad dominical no del actual propietario, sino del anterior, por todo lo cual hay que concluir afirmando con dicha sentencia, 'que el dominio del hoy demandante, que trae causa de Juan Natividad González, podrá ser ignorado o discutido por cualquier persona que no sea precisamente el demandado, por cuanto éste lo ha reconocido de manera expresa', y no le es lícito ahora pretender desconocerlo, por lo que también este motivo tiene que decaer.»

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. PRUEBA DEL DOMINIO E IDENTIDAD DE LA FINCA. CUESTION DE LINDEROS. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO ES NECESARIO DEMANDAR A LOS COLINDANTES NO AFECTADOS POR EL PLEITO (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—«Urbanizadora Cristal, S. A.», presentó demanda contra doña María Soledad M. Castillejos, sobre acción reivindicatoria de dominio de una franja de terreno que la demandada pretendía pertenecía a su finca, suplicando se dictara sentencia por la que se declarase que dicha entidad es titular de la finca con los linderos que concretamente señalaba; que, en

consecuencia, dicha finca no lindaba con la de la demandada, y que la finca de esta última está formada por una sola porción con los linderos que señalaba, siendo nula la inscripción de una segunda porción de terreno practicada en virtud de inscripción segunda en el año 1889, debiendo cancelarse.

La demandada se opone a los linderos que pretende la entidad demandante y afirma que la referida inscripción segunda de su finca, practicada en el año 1889, no era incompatible con ningún asiento vigente en aquella fecha, puesto que la finca de la actora se inscribió por primera vez en 1903. Formula reconvención suplicando se declare la rectificación de la inscripción de la finca de la actora para que conste que linda por el oeste con terreno perteneciente a la demandada.

El Juez de Primera Instancia de Mahón dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvención.

Apelada la anterior sentencia por la actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca estimó en parte el recurso, conforme, en lo fundamental, a la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada, destacando los «considerandos» primero y tercero, que dicen lo siguiente:

«Considerando que en el motivo primero, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se denuncia la violación, por inaplicación, de la doctrina sobre litisconsorcio pasivo necesario, fundado en que en la sentencia impugnada se establecen todos los linderos de la finca denominada 'Estancia de San Juan' (propiedad de la demandada), sin que hayan sido convocados al proceso todos los colindantes con la misma, excepto el propietario de la finca 'Son Bou' (propiedad de la actora), motivo que no puede prevalecer, porque si bien es evidente que el litisconsorcio pasivo necesario, como derivado de la coordinación y unión de las partes al sujeto pasivo de la pretensión procesal, impone al actor la carga de llamar al proceso a todos los que, por su interés material en la cuestión de fondo, puedan resultar afectados por la sentencia, es también indudable que tal supuesto no es el del caso de autos, porque, según se afirma en el considerando segundo de la sentencia recurrida, la finca 'Son Bou' es el lindero sur de la otra finca mencionada, y que ésta tiene 'en los otros vientos las colindancias que no se discuten'—así se expresa en el considerando tercero—; por tanto, los propietarios de las fincas que colindan con la denominada 'Estancia de San Juan' carecen de interés material en la cuestión de fondo y por ello no han tenido que ser llevados al proceso del que deriva el recurso.»

«Considerando que en el motivo séptimo, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692, ya citado, se alega la infracción, por aplicación indebida, del artículo 348 del Código Civil y de la doctrina que menciona, fundada en que, haciendo supuesto de la cuestión, niega se haya probado el dominio de la cosa reivindicada y la identificación de la misma con la finalidad de que pueda prosperar esa supuesta infracción, prescindiendo de la premisa fáctica de la sentencia recurrida, que ha de ser aceptada, por no haber sido impugnada eficazmente, según la cual 'la actora, hoy recurrida, ha probado su legitimación, su interés jurídico y el título en que funda-

menta su derecho; ha quedado demostrada la real identidad de la finca 'San Juan' y su situación respecto a la finca del accionante' (considerando quinto); así, pues, no puede ser acogido el motivo.»

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: REQUIERE LA PRUEBA DE LA PROPIEDAD DEL PREDIO SIRVIENTE POR PARTE DEL ACTOR, REQUISITO CUMPLIDO EN ESTE CASO. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. NO CABE DESARTICULAR EN CASACION LA PRUEBA DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—Doña María M. Goicoechea, por sí y en representación de la comunidad de propietarios que forma con sus hijos, formuló demanda contra don Juan G. de Sáez y don Juan Ruiz C., sobre acción negatoria de servidumbre, suplicando se dictara sentencia por la que se declare que la huerta propiedad de los actores, sobre la que da la fachada posterior de la casa construida por los demandados, no está gravada con servidumbre de luces y vistas en favor de la casa de estos últimos, condenándoseles a cerrar los huecos y ventanas que dan sobre la finca contigua, así como a suprimir los voladizos y aleros del tejado en cuanto sobresalgan de la vertical de la fachada posterior de la casa.

Contestada la demanda por los demandados y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número dos de Burgos dictó sentencia desestimando la demanda.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, revocó la del Juzgado y estimó la demanda en cuanto a la declaración de que no existe servidumbre de luces y vistas, condenando a los demandados a cerrar los huecos y ventanas que den a la finca contigua y absolviéndoles respecto a la supresión de voladizos y aleros.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

«Considerando que es igualmente rechazable el segundo de los motivos ejercitados, toda vez que si ciertamente es doctrina jurisprudencial, sancionada en sentencias de 31 de enero de 1888, 15 de noviembre de 1910 y 9 de febrero de 1927, entre otras, citadas por los recurrentes, que la acción negatoria de servidumbre requiere necesariamente para su viabilidad que el que la ejerce sea dueño del predio que se pretende sirviente, es asimismo exacto que el cumplimiento de ese esencial requisito viene reconocido y acreditado en la sentencia recurrida y, por tanto, inalterable en casación, como consecuencia de la apreciación deducida por la Sala de Instancia del examen específico de los diversos medios de prueba aportados, toda vez que no siendo impugnadas en el recurso las apreciaciones de hecho del juzgador, en la forma eficaz que determina el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se produce, en consecuencia, el más absoluto respeto a los hechos probados, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, sancionada, entre otras, en sentencias de 14 de marzo de 1941, 29 de

noviembre de 1949, 26 de noviembre de 1954, 4 de junio de 1957, 6 de junio de 1958.»

«Considerando que tratando del tercero de los motivos de casación planteados es de tener en cuenta que, como certeramente aprecia la parte recurrente, es constante y uniforme doctrina jurisprudencial, sancionada, entre otras, en sentencias de esta Sala de 25 de mayo de 1935, 11 de mayo de 1941, 3 de noviembre de 1943, 26 de noviembre de 1951, 5 de octubre y 6 de diciembre de 1957, la aplicación de la teoría de los 'actos propios', en tendencia al reconocimiento de un derecho, requiere que aquéllos sean jurídicamente eficaces, es decir, que hayan sido realizados con el fin de crear, modificar o extinguir el pretendido derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, determinando, en consecuencia, que tal situación no sea apreciable en el supuesto contemplado, en cuanto que si bien en la sentencia recurrida, afectada por el recurso en cuestión, se reconoce que los demandados recurrentes, en un juicio verbal promovido al efecto, solicitaron autorización a la demandante para la ocupación temporal de parte de la huerta (incluido el terreno) y paso para la casa, con ocasión de la construcción del nuevo edificio, la circunstancia de que la propia resolución impugnada también reconozca que dicha recabada autorización hubiese sido formulada con reservas sobre la propiedad, impide el reconocimiento de comportamiento intencional de los precitados, ahora demandados recurrentes, al dominio, de los también ahora demandantes recurridos, sobre el terreno en cuestión, en adaptación a la examinada teoría de los 'actos propios', cual ya viene a reconocerse por la misma sentencia recurrida cuando afirma en su considerando segundo que la indicada autorización solicitada supone 'un claro reconocimiento por parte de los hoy actores de que el terreno estaba a la disposición de la actora, no de la suya', pues que en el orden fáctico-jurídico, una cosa es tener una persona un bien a su disposición y otra el ser titular dominical de ella.»

«Considerando que, no obstante lo expuesto en el precedente, es de rechazar el mencionado tercer motivo, porque el reconocimiento de dominio sobre el tan citado terreno objeto de controversia en favor de doña María M. Goicoechea, en el concepto con que actúa en nombre propio y en beneficio de la comunidad de propietarios que forma con sus hijos, viene establecido no con base exclusivamente en la aplicación de la expresada teoría de los 'actos propios', sino en la conjugación de diversos hechos que la Sala de Instancia declara probados, cuales son, además de lo actuado en el referido juicio verbal, en que la aludida autorización no fue solicitada, las manifestaciones testificales apreciadores de no corresponder el relacionado terreno a la casa de los demandados, condena de éstos en juicio de faltas por daños causados y contenido de la escritura de adquisición de la casa, solar y huerto con fecha 15 de marzo de 1941 por el esposo, ya fallecido, de la demandante, que establece como lindero 'la derecha de la casa de los señores Corral y Moral', causantes de los demandados, 'revelador de la contigüidad entre las fincas de la actora y la que hoy es de los demandados, sin interposición del terreno en debate', y posesión de tales casa, huerta y terreno por la tan mencionada demandante—personas dependientes—, al menos desde el año 1941, en que fueron adquiridas, con lo que se pone de manifiesto la inconsistencia de la pretensión de la parte recurrente en casación de la sentencia de que se viene haciendo mención por aplica-

ción de la orientación jurisprudencial referente a los 'actos propios', en cuanto que resultan inalterados los demás aspectos establecidos probados específicamente apreciados en la sentencia recurrida, al no haber sido desvirtuados por el cauce adecuado prevenido en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, según criterio jurisprudencial, reflejado, entre otras, en sentencias de este Tribunal de 19 de marzo de 1932, 8 de enero de 1936, 2 de julio de 1941, 22 de enero de 1942, 25 de marzo de 1961, 27 de marzo de 1962, 17 de diciembre de 1963, 13 de abril de 1964, 25 de mayo de 1965 y 7 de julio de 1966, no procede la casación contra el juicio dado por el Tribunal de Instancia en virtud del conjunto de las pruebas cuando, como en el presente caso ocurre, los recurrentes pretenden impugnarlo con el resultado aislado de alguno de los elementos integrantes del juicio, desarticulándolos para imprimir a uno de ellos fuerza preponderante, y con olvido de que, conforme también tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras muchas, de 25 de marzo de 1945, 11 de enero de 1949, 11 de abril de 1950, 25 de enero de 1951, las apreciaciones sobre el resultado de la prueba en el juicio que hacen los juzgadores de Instancia sólo pueden ser impugnadas en casación, según ya viene indicado, por las partes litigantes, con arreglo al número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civil, demostrando error resultante evidente del documento o actos auténticos, porque, según proclaman las sentencias de 22 de marzo y 9 de junio de 1933, la naturaleza del recurso extraordinario de casación, bien distinta a la de una tercera instancia, no permite inquirir, comparar ni aquilatar las pruebas practicadas en el pleito para establecer conclusiones diferentes de las sentadas por el Tribunal sentenciador al apreciarlas, tratando de sustituir el criterio objetivo soberano de la Sala sentenciadora por el subjetivo de los recurrentes.»

«Considerando que la desestimación de los tres primeros motivos de casación, que se deduce de lo consignado en los antecedentes considerados, necesariamente conduce a que deba parecer el cuarto, puesto que teniendo soporte éste en pretendida infracción del artículo 582 del Código Civil, y concretamente en la no existencia de dominio por la parte demandante, ahora recurrida, en relación con el terreno sobre el que los demandados han abierto ventana o huecos, no autorizados legal ni convencionalmente, claro es que evidenciado tal dominio decae el soporte fáctico-jurídico fundamentador de dicho cuarto motivo de casación, en ortodoxa aplicación del principio de que faltando el antecedente—no existencia de dominio reconocido por parte de los demandantes sobre el terreno en cuestión—no puede darse el consiguiente: posibilidad de apertura de huecos o ventanas sobre la menor distancia de la exigida por el invocado artículo 582 del Código Civil.»

APROVECHAMIENTO HIDRAULICO COMUNAL DE VECINOS: POSIBILIDAD DE EXPROPIACION DEL MISMO. PRESUNCION DE RATIFICACION TACITA POR PARTE DEL AYUNTAMIENTO Y ENTIDAD LOCAL MENOR. CUESTION NUEVA. EL RECURSO DE CASACION SE DA CONTRA EL FALLO (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—La Entidad local de Areo y el Ayuntamiento de Alins interponen demanda contra «Fuerzas Eléctricas...», exponiendo que el Común de

Vecinos de la Entidad Menor de Areo, perteneciente al Ayuntamiento de Alins, era y es titular de un aprovechamiento hidráulico inscrito a su favor en el Registro de Aguas Públicas, y que la Comisaría de Aguas del Ebro había instruido expediente para la expropiación forzosa del citado aprovechamiento a petición de «Fuerzas Eléctricas», que era concesionaria de un salto inferior, formalizándose un acta de adquisición amistosa del referido aprovechamiento a cambio del suministro gratuito anual de 115.000 kilovatios hora, suscrita por los representantes de la Entidad y los respectivos Alcaldes, pero sin que procediera el correspondiente acuerdo de la Entidad Menor de Areo ni la preceptiva ratificación del Ayuntamiento de Alins; que se había seguido recurso contencioso-administrativo, declarado inadmisibles por considerar la sentencia que el acta de referencia contiene un negocio jurídico-contractual que no es de naturaleza administrativa. Por todo ello suplicaba se dictara sentencia por la que se declare inexistente, radical y esencialmente nula la cesión del aprovechamiento hidráulico, así como la titulada acta de adquisición amistosa y la nulidad de las inscripciones correspondientes en los Registros Administrativos de Aguas Públicas.

Contestada la demanda y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia de Tremp dictó sentencia desestimando la demanda, declarando la validez de la cesión del aprovechamiento hidráulico.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

1.º En el primer «considerando» se declara que el primer motivo del recurso contiene una cuestión nueva, pretendiéndose variar el fundamento de la acción de nulidad esgrimida en la demanda por falta de consentimiento en el contrato, sustituyéndola por la pretensión de falta de objeto del mismo, dada la inalienabilidad del aprovechamiento hidráulico por ser bien comunal. Pero, en todo caso, aunque no fuese una nueva pretensión, sino un nuevo argumento, el motivo habría de perecer, pues la inalienabilidad e imprescriptibilidad del aprovechamiento hidráulico, como bien comunal, no obsta a poder ser expropiado por causa de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización, como aquí ocurrió, sin que por la parte demandante se entablase recurso alguno, acordándose en el momento del justiprecio la suscripción del acta amistosa referida, que no es el instrumento por el que se enajenó el aprovechamiento, sino el medio para sustituir a la determinación del justo precio del aprovechamiento que había sido ya expropiado.

2.º En el segundo «considerando» se plantea la cuestión de si existe o no ratificación tácita de la mencionada acta de adquisición amistosa por parte de la Entidad Local Menor y Ayuntamiento demandantes, al haber acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa para la declaración de lesividad del contrato, recalando que las sesiones municipales que acordaron la lesividad constituyen un acto propio de las entidades actoras, producido casi dos años después del acta, durante cuyo lapso de tiempo el Común

de Vecinos recibió, beneficiándose de ella, la contraprestación de la energía eléctrica suministrada por la demandada, presumiéndose por los juzgadores de Instancia acertadamente la válida ratificación tácita del contrato, no excluida por el artículo 1.259 del Código Civil y confirmada por esa reclamación en vía contencioso-administrativa al estimarse levisa la adquisición amistosa, ya que ello indica que la ratificación se había producido en cuanto a la validez del vínculo contractual de la misma en el orden civil.

3.º En el tercer «considerando» se recuerda la constante y reiterada jurisprudencia que declara que el recurso de casación se da únicamente contra el fallo y no contra los considerandos de la sentencia, a no ser que éstos fuesen obligada premisa de aquél.

MODIFICACION DE SERVIDUMBRE DE PASO, COMO CONSECUENCIA DE LA CONSTRUCCION DE UN EDIFICIO EN EL PREDIO SIRVIENTE, RESULTANDO MUY INCOMODA PARA ESTE Y NO CAUSANDO PERJUICIO NI MOLESTIA AL TITULAR DEL PREDIO DOMINANTE LA MODIFICACION PRETENDIDA (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1977).

Hechos.—La Entidad «Inmobiliaria Ondarrera, S. A.», propietaria de un solar sobre el que consta inscrita servidumbre recíproca de paso por un determinado lindero, obtuvo licencia municipal para construir sobre el mismo una edificación, en la que se impusieron varias condiciones, en particular la que se refiere a la denominada tirada de cuerdas, con la consecuencia de que la actual escalera en que consiste la servidumbre de paso va a ser imposible de utilizar, pues se cortan los primeros peldaños con la alineación derivada de la tira de cuerdas; además, en el proyecto de construcción del edificio aprobado por el Ayuntamiento, éste contiene un garaje en el sótano, según es norma general en las nuevas edificaciones, y el acceso a este garaje se hace por medio de una rampa o camino que discurre ocupando la actual escalera, estrecha por sí sola para el paso de vehículos. No habiendo tenido éxito las conversaciones con los propietarios de la finca colindante respecto a la modificación del paso a través de otra escalera, la Entidad citada formula demanda contra los titulares del predio dominante, suplicando se dicte sentencia por la que se declare extinguido el derecho de servidumbre de paso, y subsidiariamente, caso de no estimarse la anterior petición, declarar que los demandados deben estar y pasar por la construcción de una nueva escalera, declarándose modificada la servidumbre de paso.

La parte demandada contesta oponiéndose, por considerar que la nueva escalera es muy incómoda, por hallarse encajonada, ser de las denominadas de caracol, con notables y serias extorsiones para quienes la utilizan y siendo totalmente cerrada y más estrecha.

El Juez de Primera Instancia número dos de San Sebastián dictó sentencia desestimando la demanda en cuanto pretende la extinción de servidumbre de paso y dando lugar a la petición subsidiaria, declara la modificación de la servidumbre mediante la construcción de una nueva escalera en la forma solicitada. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada, destacando los «considerandos» cuarto y quinto, en los que se dice lo siguiente (después de haber aludido en el segundo al ejercicio *civiliter* de la servidumbre, y en el tercero, a la doctrina de que una sola sentencia es insuficiente para fundamentar un recurso de casación):

«Considerando que los motivos cuarto, quinto y sexto impugnan la modificación de la servidumbre acordada por la Sala sentenciadora, siendo improsperables, porque declarado por el Tribunal *a quo* que 'aparece de las pruebas practicadas que la servidumbre mencionada resulta muy incómoda y perjudicial para la Entidad propietaria del predio sirviente, entre otras razones porque proyectada y aprobada la construcción de un edificio sobre su finca, la persistencia en su forma actual del gravamen haría imposible el acceso al garaje, dificultaría otras obras, permitiría la fiscalización de las piezas del inmueble que se constituye, y, en cambio, la modificación pretendida no causa ningún perjuicio ni molestia a los demandados, ya que la servidumbre tendrá otro lugar en el mismo predio sirviente que proporcionará una mayor comodidad a éstos por cuanto que discurrirá por terreno más firme, evitando las dificultades que derivan del mal uso en que se encuentran actualmente los peldaños de la escalera; se cubrirá ésta resguardando a los que por ella suban de las inclemencias del tiempo y brindándoles con los descansillos alivio, y se suprimirá su áspero acceso, y ello sin contar con que, a consecuencia de la nueva alineación ordenada por el Ayuntamiento, quedará afectado el tramo de arranque hoy existente (considerando primero); el motivo cuarto denuncia error de hecho basado en unos planos que no tienen el carácter de documentos auténticos en casación; el quinto, un error de Derecho por violación del artículo 1.240 del Código Civil, que según reiterada jurisprudencia no contiene ningún precepto de inexcusable observancia, y sí tan sólo el fundamento, finalidad y razón de ser de uno de los medios probatorios establecidos en la ley marcando claramente las circunstancias en las que debe utilizarse para que tenga eficacia, aparte de que el reconocimiento judicial ha sido apreciado conjuntamente con las otras pruebas; inviabilidad de estos dos motivos que priva de la indispensable base *de facto* al sexto, con lo que la sentencia recurrida ha hecho debida aplicación del artículo 545, párrafo segundo, del Código Civil, al estimar la concurrencia de todos sus requisitos.»

«Considerando que los dos últimos motivos relativos al litisconsorcio pasivo necesario son igualmente desestimables, el séptimo no contradice lo afirmado por la Sala sentenciadora de que dos de los dueños de los predios dominantes no llamados a juicio se han aquietado a las pretensiones del actor en acto de conciliación, pues el que figura como primitivo titular registral, don Eusebio Barriola Irigoyen, a que se refiere el denunciado error de hecho, no se ha probado que lo sea en la actualidad, con lo que decae el motivo octavo, al hacer supuesto de la cuestión, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

ACCION REIVINDICATORIA DE UNA FRANJA DE TERRENO OCUPADA POR TOLERANCIA DEL DUEÑO. APOYO DE UNA GRÚA-PUENTE EN MURO AJENO: NO SE DA LA ACCESION DE BUENA FE. CONCEPTO DE BUENA FE EN LA ACCESION (SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—La Entidad «Forjas Unidas Vascas, S. A.», formuló demanda contra Metalúrgica de Vedia, S. A., estableciendo en síntesis que la actora había comprado una parcela de terreno a la Comisión Liquidadora de una Entidad en suspensión de pagos, colindante con la parcela propiedad de la Entidad demandada, y que con anterioridad se había producido cierta tolerancia por parte de la Entidad vendedora respecto a «Metalúrgica de Vedia, S. A.», con la consecuencia de haberse producido invasiones en el terreno ahora comprado por la actora. Por todo ello suplica se dicte sentencia por la que se declare que la Entidad demandada carece de todo derecho para tener adosado al pabellón de la actora un carril de su grúa puente, debiendo retirarlo, y que el terreno actualmente ocupado por la demandada con su grúa puente, así como otros materiales, como chapas, raíles, etc., que allí tiene almacenados, es propiedad exclusiva de la actora, añadiendo en el suplico toda una serie de pedimentos de condena.

La parte demandada se opone por entender que no son ciertas las alegaciones de la Entidad actora.

El Juez de Primera Instancia de Durango dictó sentencia estimando en parte la demanda, sólo en cuanto al primer pedimento, declarando que la demandada carece de todo derecho para tener adosado al pabellón de la actora un carril de su grúa puente, condenándola a que lo retire.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia declarando que la Sociedad demandada carece de derecho para tener adosado el carril de su grúa puente (extremo en el que confirma la sentencia del Juzgado) y, además, que la franja de terreno que ocupa la demandada con su grúa puente y con otros materiales de su industria es propiedad de la demandante, con lo cual estima en lo fundamental la demanda y desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de apelación por la Entidad demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, destacando lo siguiente:

1.º Se declara que el recurso de casación autorizado por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil no puede ser considerado como una tercera instancia, por lo que el recurso por error de hecho ha de reducirse a poner de relieve una contradicción flagrante entre un hecho afirmado terminantemente por la instancia y el contenido de un elemento que esté unido a los autos, que reúna las debidas condiciones de autenticidad y que acredite exactamente y sin recurrir a deducciones ni interpretaciones, lo contrario de lo afirmado como hecho predeterminador del fallo por la sentencia impugnada.

2.º Se recuerda que la interpretación de los contratos, según constante jurisprudencia de esta Sala, pertenece al arbitrio de la instancia, que sólo

puede ser revisado por la casación cuando sea ilógico o desproporcionado, lo que de ninguna manera ocurre en este caso.

3.º En cuanto a la alegación del recurrente de aplicación indebida del artículo 348 del Código Civil, «no se respetan los hechos probados, pues se parte, en toda la argumentación aducida en él, de que el título del actor reivindicante no es válido y a que la zona reivindicada no está delimitada en autos, cuando ambos extremos han sido concretados como hechos probados por la instancia».

4.º En cuanto a la alegación de no aplicación de los artículos 358 y 361 del Código Civil, «en realidad lo que se pretende en el motivo es que, en lo relativo al apoyo de la grúa puente en muro ajeno, si se da por probado, se apliquen las reglas de la accesión de buena fe; teoría que en manera alguna es aplicable, porque no se trata de lo construido de buena fe sobre terreno ajeno, cuya buena fe ha de consistir en creer que el terreno era propio, sino de una construcción realizada cuando los negocios de ambas Sociedades eran regidos por la misma dirección, por pura tolerancia, a sabiendas de que tanto el apoyo de uno de los extremos del raíl de la grúa descansaba en muro que no pertenecía a quien había de explotarla por ser su propietario, como de que para su utilización se hacía indispensable el paso por una zona que pertenece a la recurrida, a la que se le daba acceso al demandado, recurrente, por igual tolerancia, sin justificación legal alguna; tanto porque para nada a ello se alude en el contrato, como porque no le es necesaria a la recurrente para tener acceso a vía pública, y es por ambas razones por lo que dicho paso también le es negado al demandado por la sentencia recurrida».

PLANTACION DE ARBOLES EN SUELO AJENO. MUTACION DE CAUCE DE RIO: NO CABE ALEGAR ACCESION HABIENDOSE PRODUCIDO USUCAPION DEL TERRENO. PRUEBA DEL DOMINIO: PREVALECE LA ESCRITURA PUBLICA INSCRITA EN EL REGISTRO FRENTE AL LIBRO DE INVENTARIO MUNICIPAL Y PLANO CATASTRAL ALEGADOS POR EL AYUNTAMIENTO DEMANDADO (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—Doña María del Carmen Arranz P. interpone demanda contra el Ayuntamiento de San Morales, Icona y el Estado español, ante la plantación de árboles realizada en una parte de la finca de la actora y de los demás copropietarios en cuyo beneficio acciona, lindante con el río Tormes, en virtud de un consorcio forestal entre el Ayuntamiento citado e Icona. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que el trozo de terreno en el que se realizaron las plantaciones es propiedad de la parte actora y demás copropietarios, así como también les pertenecen las citadas plantaciones, sin tener que abonar indemnización alguna a los demandados, o en otro caso, abonando el importe de los gastos necesarios y útiles en la cuantía que se fijará en sentencia o en ejecución de la misma.

El Juez de Primera Instancia número uno de Salamanca dictó sentencia estimando la demanda, debiendo abonarse por los actores a Icona el importe de los gastos necesarios y útiles en la cuantía que se fijará en ejecución de sentencia, absolviendo al Estado español de la demanda. Esta sen-

tencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada, destacando lo siguiente:

1.º En el primer «considerando» se dice: «En el motivo primero del recurso y por la vía del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación por no aplicación de los artículos 1.218, párrafos 1.º y 2.º, del Código Civil, y 597, párrafo primero, de la citada Ley Procesal, por entender que la sentencia recurrida—confirmatoria en un todo de la dictada en primer grado—desconoció el valor probatorio de unos documentos públicos acompañados con la contestación a la demanda, cuales son el Libro de Inventario del Ayuntamiento recurrente, un plano del Instituto Geográfico y Catastral y el Consorcio entre dicha Corporación Municipal y el Patrimonio Forestal del Estado (ahora Icona), de acuerdo con los cuales la propiedad discutida correspondería al indicado municipio; motivo que no puede ser estimado porque lo que en él se pretende es dar un valor predominante y exclusivo a un determinado medio probatorio que no fue desconocido, como se dice, sino que se tuvo en cuenta por el juzgador de Instancia, pero en relación, como es lógico, con los demás que utilizaron las partes litigantes, de cuya comparación resultó indudable que los alegados por quien ahora recurre no están en condiciones de prevalecer, dados su naturaleza intrínseca, su origen unilateral y su consiguiente alcance, frente a los de los en su día demandantes—hoy recurridos—, quienes además de acreditar la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y en concepto de dueño durante más de cuarenta años de la finca afectada por la plantación que se discute, justificaron asimismo su título de propiedad de la totalidad en que aquélla está comprendida en la actualidad, constante en escritura pública—consiguiente a la partición y adjudicación de la herencia del anterior titular de que los actuales traen causa—, inscrita debidamente en el Registro de la Propiedad».

2.º En el tercer «considerando» se estudia el problema de la relación entre la usucapión y la accesión por mutación de cauce, pues el recurrente alegaba en el motivo tercero la violación por no aplicación del artículo 370 del Código Civil, según el cual una parte del cauce abandonado por el río Tormes correspondía al predio ribereño propiedad del Ayuntamiento. En dicho «considerando» se dice lo siguiente en relación con esta cuestión: «El motivo tercero, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia violación por no aplicación del artículo 370 del Código Civil, a cuyo tenor bien conocido, 'los cauces de los ríos que queden abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno', donde, sin duda, ha de comprenderse la hipótesis de mutación de cauce que se dio en relación con la finca cuya propiedad se discute, pero ello no permite la consecuencia aplicativa que quiere el recurrente con base en la titularidad de una finca ribereña, puesto que, según se dijo, quedó probado en instancia y no ha sido desvirtuado en este trámite, el dominio de la surgida por dicha mutación—que tuvo lugar hace ciento cincuenta años—en favor de los actores, y hoy recurridos, adquirido por usucapión,

como consecuencia de su posesión pacífica, pública, no interrumpida y en concepto de dueños desde 1930, lo que obliga a la desestimación del motivo examinado».

PROPIEDAD HORIZONTAL: NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO UNÁNIME DE LOS COPROPIETARIOS PARA QUE EL TITULAR DE UN PISO EN PLANTA BAJA REALICE OBRAS CONSISTENTES EN LA TRANSFORMACION DE UNAS VENTANAS EN PUERTAS. NO EXISTE ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE LA COMUNIDAD (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—Doña Matilde B. García, en su calidad de presidente de la comunidad de propietarios de la finca de Hilarión Eslava, número 14, interpone demanda contra don Gabriel G. Moya, propietario de la vivienda bajo A de dicha finca, porque éste, sin haber obtenido acuerdo unánime de la junta de propietarios, había comenzado la realización de obras, entre otras, la de rasgar una ventana de su piso para convertirla en puerta. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que el demandado, al no haber obtenido consentimiento de todos los condueños, no debió realizar las obras que ha llevado a cabo en el muro de fachada de la casa, consistentes en rasgar las tres ventanas correspondientes al piso bajo A para convertirlas en puertas, debiendo reponer a su costa el muro de fachada al ser y estado que tenía antes de dichas obras.

El Juez de Primera Instancia número cuatro de Madrid dictó sentencia declarándose incompetente.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revoca la sentencia del Juzgado y estima en todas sus partes la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al mismo por lo siguiente:

«Considerando que frente a esa decisión (de la Audiencia) se alza el recurso, cuyo segundo y último motivo, único que ha superado la fase de admisión, se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y denuncia la violación, por no aplicación, de la doctrina legal que cita sobre el abuso de derecho, motivo que es desestimable, porque incurre en una petición de principio, ya que se construye partiendo del supuesto, que establece por su cuenta el recurrente, de que tal y como ha quedado demostrado en autos, en la actuación de la comunidad demandante no existe ni interés perfectamente lícito ni una pretensión verdaderamente normal', aparte de que, según reiterada doctrina jurisprudencial, el abuso de derecho no puede invocarse eficazmente por quien es responsable de una conducta antijurídica que genera u origina el correlativo derecho del perjudicado a que no subsistan los efectos o consecuencias de aquella actuación ilegal, que es, en definitiva, lo que en este caso se limita a pedir la comunidad de propietarios demandante.»

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

NO PUEDEN LOS PADRES DAR EN ARRENDAMIENTO FINCAS RUSTICAS EN QUE LOS HIJOS MENORES TENGAN PARTICIPACION, AUNQUE SEA MINORITARIA, POR PLAZO QUE EXCEDA AL QUE LES FALTA PARA LLEGAR A LA MAYORIA DE EDAD (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1978).

Hechos.—Don E. M. cedió en arrendamiento unas fincas rústicas que eran propiedad en una mitad de él, y la otra de sus tres hijos menores de edad. Se concertó por plazo de seis años, prorrogable por otros seis, plazo que excedía del tiempo que faltaba a los menores para alcanzar la mayoría. Ya mayores los hijos, demandan la extinción del arrendamiento. El Supremo estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La distinción entre actos de disposición—los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes—y actos de administración—los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa—, que dogmáticamente aparece tan diáfana, sin embargo, en la realidad práctica ya no lo es tanto, hasta el extremo de que un gran sector doctrinal admite un tercer término en esa clasificación: la de los llamados actos de administración extraordinaria o excepcional, que son aquellos que por la trascendencia e importancia que despliegan sobre la cosa impiden o dificultan su realización y exigen, por tanto, para ser llevados a cabo válidamente, no sólo la capacidad y demás requisitos suficientes para los actos de administración simple u ordinaria, sino los que se exigen para los actos de disposición.

La legislación especial sobre locaciones rústicas es muy rigurosa y terminante en la defensa de los bienes de los menores, disponiendo que «los padres o tutores no podrán arrendar las fincas de sus hijos menores de edad por plazo que exceda del que les falte para llegar a la mayoría, salvo que para ello estuvieren autorizados por la autoridad judicial. Contra el texto claro y terminante de estas normas—que no señalan distinción alguna respecto a la menor o mayor participación que en los bienes tengan los menores—no cabe argüir, como erróneamente hace la sentencia recurrida, que por tener los menores una cuota de participación inferior al 51 por 100 en la propiedad de la finca arrendada no les son de aplicación aquellas normas y vienen vinculados al acuerdo de la mayoría; y es errónea tal argumentación porque las normas que debían ser aplicadas no admiten semejante distinción, y además ya la doctrina legal tuvo buen cuidado en proclamar que para los arrendamientos de la cosa común que hayan de durar más de seis años se exige la anuencia de todos los partícipes en la cosa común, anuencia que en el caso de autos no ha podido ser prestada por los menores, que carecían de capacidad para ello, ni fue suplida por la correspondiente autorización judicial que las normas vigentes exigen».

Si se admitiese la errónea tesis de la sentencia recurrida respecto a que la preceptiva autorización judicial sólo era exigible cuando el menor tenía cuota mayoritaria de la copropiedad, se desembocaría en una peligrosa discriminación, pues sólo resultarían protegidos por la norma dichos mayoritarios, mientras que quedarían en completo desamparo aquellos menores que no representaran el 51 por 100 de la aludida copropiedad.

LAUDO ARBITRAL: EXISTIENDO ALGUNA DUDA RESPECTO AL PLAZO, HA DE RESOLVERSE EN EL SENTIDO MAS FAVORABLE A LA VALIDEZ DEL LAUDO (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Obediente el proceso arbitral a un designio de paz, claro está que en su génesis predomina la voluntad privada, incluso en el ámbito de las facultades señaladas al futuro juzgador, ya que a los otorgantes es permitido condicionar las actividades del dirimente del conflicto dentro del amplio campo del compromiso; pero atendiendo a dicha idea rectora hay que propugnar la tendencia que trata de lograr la amistosa solución de las diferencias surgidas interpretando el alcance de las cláusulas arbitrales y el sentido de las compromisorias con toda la amplitud y flexibilidad que el contenido de las mismas exija en orden a la laudable finalidad perseguida, que constituye orientación a la que habrá que atenerse en los casos que se presenten.

En la hipótesis de un plazo fijado por meses, el cómputo ha de realizarse de fecha a fecha, según lo preceptuado en el artículo 5 del Título Preliminar del Código Civil, excluyendo el día inicial, conforme a la regla *dies a quo non computatur in termino*, por lo que ha de descartarse del cómputo el día de la aceptación de los árbitros, debiendo contarse el plazo desde el día siguiente, salvo que los contratantes hayan manifestado de manera expresa y rotunda su voluntad en contrario.

Prorrogar un término no es conceder otro independiente de él o que rehabilita al ya vencido, sino dotarle de una amplitud mayor de la que antes tenía, de suerte que el término y su prórroga vienen sin solución de continuidad entre ellos a constituir un solo y único plazo, dentro del que ha de hacerse lo adecuado para cumplir la finalidad de su concesión y establecimiento, por lo que conforme a ello y a los principios de hermenéutica contractual, si establecido inicialmente un plazo de seis meses se pacta una prórroga de dos, dispondrán los árbitros de un tiempo total de ocho meses, contados de fecha a fecha, y excluyendo del cómputo el día de la aceptación.

El principio que impone la observancia de lo estipulado (*pacta sunt servanda*), a todas luces aplicable a los plazos contractuales de arbitraje, y en el que se defiende el *favor contractus o negotii*, ha llevado a esta Sala a declarar que no es misión de los Tribunales complicar o crear dificultades al móvil de paz y equidad que preside el juicio de la amigable composición, desnaturalizándolo en sus características esenciales de sencillez y buena fe, de donde se sigue que si alguna duda cupiese al respecto del plazo, habría de ser resuelta en el sentido más favorable para la validez del laudo en el supuesto del tiempo en que ha sido pronunciado, criterio reiterado para caso de marcada analogía con el presente por la sentencia de 9 de octubre de 1978, según la cual «ante dos afirmaciones incompatibles ha de estimarse más equitativo atenerse a la fecha más amplia de las dos expresadas».

LITISCONSORCIO PASIVO: EL DEMANDANTE NO ES ARBITRO DE ELEGIR A LOS DEMANDADOS (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Ni el demandante es árbitro de elegir los demandados ni puede prestársele la tutela de un posible derecho cuando omite

el necesario llamamiento a juicio a todos los interesados en el bien controvertido, doctrina que es más rigurosa cuando se ejercita la acción de nulidad de los contratos o la declaración de su vigencia, pues la misma ha de dirigirse forzosamente contra todos los interesados en ellos, entendiéndose que son interesados a estos efectos los intervinientes en el negocio y los que tuvieron beneficios económicos del mismo, pues si así no se exigiere, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y sus causahabientes, se podría dar el contrasentido de que un negocio jurídico determinado fuera nulo para uno de los interesados en él y válido para otro si éste no fue llamado al proceso en que se obtuvo la declaración de nulidad, lo que iría contra todo racionamiento lógico, que impide el que un negocio jurídico sea válido y nulo al mismo tiempo.

En la interpretación de los contratos, más bien que a la acepción gramatical, debe atenderse al espíritu de las palabras, dándoles la significación que los contrayentes quisieron que tuvieran, y aunque es exacto que las palabras deben entenderse llanamente y como suenan, esto sólo tiene lugar cuando no se suscita duda alguna sobre su genuina inteligencia.

LA INTERVENCION DE UN HEREDERO EN LA APROBACION DEL CUADERNO PARTICIONAL NO IMPLICA RENUNCIA A CUALQUIER OTRO BIEN QUE NO SE HUBIERA INCLUIDO EN EL INVENTARIO (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La intervención de un heredero en la aprobación del respectivo cuaderno particional y la posterior aprobación del acta de protocolización no significa otra cosa que la conformidad con la distribución y adjudicación de bienes que en tal cuaderno se hace, pero no implica renuncia a cualquier otro bien que, perteneciendo a la herencia, no se hubiera incluido en el inventario; y tan es así que la cláusula de estilo que se inserta generalmente en las particiones, y en la de autos también se insertó, de que si apareciesen otros bienes pertenecientes a la herencia del causante se distribuirán entre los herederos por iguales partes; ello aparte de que las operaciones particionales, aun después de aprobadas, pueden ser impugnadas por las causas comunes a todos los negocios jurídicos y, además, por la especial de rescisión por lesión que el código regula.

MORA DEL DEUDOR: CUANDO LA CANTIDAD ESTA CONCRETADA DEBE SER CONDENADO AL PAGO DE INTERESES (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La mora del deudor como hipótesis de incumplimiento ciertamente requiere, entre otros elementos, la liquidez de la cantidad exigible cuando se trata de obligaciones pecuniarias, presupuesto que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a entender, por aplicación del brocardo *in illiquidis non fit mora*, que faltará tal requisito cuando la determinación de la suma depende de un litigio previo encaminado a precisarla (sentencias de 19 de diciembre de 1951 y 26 de marzo de 1976, entre otras),

lo que de ordinario significará por parte del deudor una conducta ajustada a los usos del tráfico al oponerse al monto reclamado y la parcial estimación de la demanda consiguiente a esa buena fe en la oposición; pero es manifiesto que no se dará tal falta de concreción cuando el actor postula el abono de una cantidad exacta, razonablemente fundada en el título constitutivo de la obligación, sin que sea menester proceso alguno para fijarla, por lo que al no haber sido objeto de rectificación en su cuantía, se produce mora, conforme a los artículos 1.100, párrafo primero, y 1.101 del Código Civil, que debe llevar aparejada la condigna sanción al pago de los intereses en la forma prevenida por el artículo 1.108 del mismo cuerpo legal.

ESTA LEGITIMADA LA MUJER CUANDO EN UNION DE SU MARIDO ES DEMANDADA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE COMPRA DE UN INMUEBLE (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El recurrente denuncia la infracción del artículo 1.257 del Código Civil al haber condenado a persona que no intervino en el contrato de compraventa cuya resolución se postula en la litis, como lo es la esposa del comprador, en unión del cual fue demandada, motivo este que ha de perecer, porque si bien es verdad que los efectos de todo contrato los limita dicho precepto legal a las partes otorgantes del mismo y a sus herederos, ha de tenerse en cuenta que el demandado al comprar la finca urbana lo hizo en estado de casado y, por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.401, número 1, del propio Código Civil, tiene condición de bien ganancial, cuya propiedad se adjudica por igual al marido y a la mujer, integrados ambos en la sociedad conyugal de gananciales, a cuyo acervo pertenece dicha finca, y por ello ha de reconocerse que la demandada, como parte de esa sociedad conyugal, intervino a través de su marido en el contrato cuya resolución es objeto de la litis, y aun cuando es cierto que el marido, como administrador de los bienes de la sociedad conyugal de gananciales está legitimado activa y pasivamente para demandar y ser demandado en cuestiones que afecten a bienes de naturaleza ganancial, sin que haya necesidad de demandar también a la mujer o de que ésta sea demandante, ello no ha de ser obstáculo a estimar bien constituida la relación jurídico-procesal cuando se demanda a la esposa conjuntamente con el marido, porque si la legitimación procesal viene determinada por la concreta relación que las partes han de guardar con la cuestión debatida, ha de estimarse legitimada la mujer cuando en unión de su marido es demandada sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de compraventa de un bien inmueble que fue adquirido para la sociedad de gananciales.

En tanto que el artículo 1.124 contiene normas de aplicación general a los contratos por la implícita existencia en sus obligaciones recíprocas de la tácita condición resolutoria, el artículo 1.504 del propio código establece una norma especial para la resolución de los contratos de compraventa de bienes inmuebles, precisamente en beneficio del comprador, a quien autoriza a pagar, aun después de transcurrida la fecha señalada para hacerlo efectivo, el precio aplazado, y aunque se hubiera convenido la re-

solución contractual por falta de ese pago en el plazo establecido, en tanto no haya sido requerido notarial o judicialmente por el vendedor, y en forma recepticia para el comprador, de tener a causa de tal falta de pago por resuelto el vínculo contractual, y ésta es la norma específica, cuya finalidad no es otra que la de evitar, de una parte, las resoluciones contractuales, y de otra, la de procurar la firmeza y seguridad de la contratación, y no requiere para su aplicación más que la concurrencia de las dos exigencias de fondo y forma que previene, y que son el impago del precio diferido dentro del plazo señalado y la previa declaración resolutoria, antes de un posible pago posterior, hecha por el vendedor mediante requerimiento judicial o acta notarial, sin que sea necesario unas reclamaciones previas por parte del vendedor durante el transcurso de ese tiempo, que patentes de una manera terminante la obstinada voluntad de incumplir la obligación de pago del comprador de un inmueble, bastando el lapso de tiempo sin hacer pago alguno.

LITISCONSORCIO PASIVO: NO PUEDEN PRONUNCIARSE LOS TRIBUNALES CUANDO NO FIGUREN EN LA LITIS LAS PERSONAS QUE EN LOS CONTRATOS ACTUARON COMO PARTES (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Aunque los actores pueden, en principio, dirigir libremente su demanda contra la persona o personas que tengan por conveniente, esta Sala tiene declarado con reiteración que cuando por la naturaleza jurídica material de la acción ejercitada no pueda pronunciarse una resolución sino con referencia a varias partes, éstas han de figurar como demandantes o demandados en el proceso, dado su interés en el derecho sometido a controversia, pues el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados, cuidando que el litigio se ventile con los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de las sentencias, de tal modo que incumplido este presupuesto procesal de audiencia bilateral, la relación jurídico-procesal queda viciosa e irregularmente constituida, impidiendo cualquier pronunciamiento sobre el fondo; precisamente por esto tal defecto es apreciable de oficio por el Juez o Tribunal que advierta dicha anomalía, doctrina que tiene una clara y concreta manifestación en los supuestos de acciones relativas al nacimiento, vicisitudes y extinción de los contratos, respecto de los cuales no pueden los Tribunales pronunciarse cuando no figuran en la litis las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus respectivos causahabientes.

NO EXISTE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO ENTRE EL RESPONSABLE, SEGUN EL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL, Y EL AUTOR MATERIAL DEL DAÑO (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—No cabe confundir la falta de legitimación pasiva que existe cuando quien la alega no está obligado a soportar la carga de ser demandado, con la falta de litisconsorcio pasivo necesario, que pre-

suponiendo que el demandado está legitimado pasivamente, acontece que tal legitimación es insuficiente a efectos de que la relación jurídico-procesal quede debidamente constituida, en atención a no haber sido llamadas al juicio terceras personas que están también interesadas en el bien controvertido y han de resultar afectadas por la resolución que se dicte en el mismo.

Teniendo establecida la doctrina de esta Sala que la responsabilidad impuesta por el artículo 1.903 del Código Civil no es subsidiaria, sino directa, es llano que frente al perjudicado no existe litisconsorcio pasivo necesario entre el responsable, según el mencionado precepto legal, y el autor material del daño.

EL CONYUGE VIUDO NECESITA EL CONSENTIMIENTO DE LOS HEREDEROS DEL PREMUERTO PARA ENAJENAR BIENES GANANCIALES ANTES DE DISOLVERSE LA SOCIEDAD (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1978).

Hechos.—Doña Rosario adquirió en estado de casada una finca en el año 1924, y conforme a la legislación vigente en aquella época se inscribió únicamente a su nombre en el Registro de la Propiedad. Ya viuda, en el año 1959 vendió una porción segregada de aquélla a don Eugenio, sin haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales. Los herederos demandan la nulidad de la venta y el demandado se defiende alegando caducidad de la acción. El Juez de Primera Instancia dicta sentencia absolutoria e incluso impone las costas a los actores; la Audiencia la confirma en todas sus partes, pero el Supremo casa tal resolución y estima la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Al disolverse el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, se transforma la sociedad legal de gananciales en una comunidad ordinaria formada por el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido, y ya el sobreviviente carece de capacidad para enajenar cualquiera de los bienes físicos que la integran, hasta que practicada la liquidación su propiedad se individualiza por la correspondiente adjudicación —a menos que la enajenación se realice con los herederos del cónyuge premuerto, por representar todos ellos la totalidad de los derechos que pertenecen a una sociedad en liquidación—, y al no hacerlo así realiza un acto contrario a la ley, que hace surgir la aplicación del artículo 4 (hoy párrafo 3 del art. 6) del Código Civil si es invocado; y este mismo criterio mantiene la Dirección General de los Registros, que en resolución de 11 de marzo de 1957 declaró que los bienes adquiridos por mujer casada durante el matrimonio, con la aseveración del marido de ser de ella el precio, no puede enajenarlos una vez viuda, y antes de liquidarse la sociedad, sin el consentimiento de los herederos de aquél.

COMENTARIO.—He aquí un ejemplo de cómo una irreproachable sentencia en el aspecto técnico y legal puede producir una solución injusta al caso planteado. En efecto, mientras el demandado actuó siempre de buena fe, parece muy probable que tal condición faltara en los actores, quienes son en el pueblo donde se desarrollan los hechos propietarios de grandes extensiones de terreno, y algunos de ellos se dedican al tráfico de la propie-

dad inmobiliaria, bien para sí, bien como agentes; además eran considerados como amigos de pleitos y conflictos. No cabe extrañarse, pues, de que el Juez de Primera Instancia de la localidad, en una prudente decisión, desestimara la demanda e impusiera las costas a los actores.

El Supremo, en cambio, no ha sabido calibrar bien el aspecto humano del caso, y ha privado de su finca al que la adquirió de buena fe y la ha estado poseyendo pública y pacíficamente durante casi veinte años.

Se ha repetido hasta la saciedad que el Juez no debe ser una especie de computadora a la que se le faciliten los hechos y dicte la solución legal, ya que siempre hay factores que escapan a la apreciación de la máquina. Y es que, en definitiva, hay que aplicar la justicia aun por encima de la ley.

ERROR EN EL CONSENTIMIENTO: LOS ERRORES EN UNA CUENTA SOLO DAN LUGAR A SU CORRECCION (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—La voluntad, base esencial del contrato, ha de ser para que lo genere, libre, racional y consciente, sin vicios o circunstancias que excluyan o limiten estas condiciones, y tanto la doctrina como la ley estiman como un obstáculo para la validez del consentimiento el prestado con error, porque desviándolo éste del verdadero conocimiento, el que se halla conforme con la realidad y la naturaleza de las cosas y las circunstancias esenciales que lo integran, recae sobre algo distinto de lo querido, rompiendo así, en unos casos, la unidad del mutuo consentimiento y variando en otros o siempre el verdadero objeto del contrato o sus circunstancias en contradicción con el concepto fundamental del mismo, al no responder lo que quisieron con error a lo que querían sin él, y esto es lo que realmente se establece en el artículo 1.265 del Código Civil, de declarar la nulidad del consentimiento, condicionando el error en el artículo 1.266 a que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato.

Las cuestiones a que doctrinal y prácticamente dio lugar la definición o significado del «error sustancial», desviándose en dos direcciones, objetiva la una y subjetiva la otra, encuentran en los preceptos antes invocados, en cuanto el artículo 1.266 se refiere a las condiciones que hubieran dado motivo al contrato, una clara inclinación a la segunda dirección, con lo cual no se sustrae al imperio de las partes la determinación del concepto de sustancialidad objeto del error, sino que somete la base de hecho de esa determinación a la libre apreciación de las mismas, y queda convertida en una cuestión *de facto* de la soberana apreciación de los Tribunales de Instancia; no afectando al error los acontecimientos posteriores a la prestación del consentimiento, siendo los errores puramente materiales de una cuenta subsanables en cualquier momento, por lo que no dan lugar al recurso de casación.

La aplicación de esta doctrina legal al caso de autos hace desestimable el motivo primero del presente recurso, porque habiendo mediado la plena conformidad de comprador y vendedora sobre la cosa vendida—camión «Barreiros»—y el precio (700.000 ptas.), la mera omisión o inexactitud que supuso no haber computado como desembolso inicial 150.000 pesetas en que había sido valorado otro camión usado, marca «Sava», que el compra-

dor había entregado en tal concepto, no puede constituir el supuesto de error *in substantia* alegado por el comprador, porque no cabe calificarlo de inexcusable, en cuanto pudo haber sido evitado al no recaer sobre las cualidades o condiciones esenciales de la cosa contratada, que constituyan la causa principal o determinante del negocio, por lo que no determina su nulidad, en favor de cuyo mantenimiento por exigencias de seguridad jurídica se pronuncia también constante y uniforme jurisprudencia, y sólo debe dar lugar a su oportuna corrección de cuenta.

LA ILICITUD DE LA CAUSA SE ASIENTA EN UNA FINALIDAD NEGOCIAL CONTRARIA A LA LEY O A LA MORAL Y COMUN A TODAS LAS PARTES. NO PUEDE AFIRMARSE EN RIGOR QUE EXISTE AUTORIDAD DE COSA JUZGADA PENAL EN EL ORDEN CIVIL (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1978).

Hechos.—El Banco de Crédito Industrial concedió a la Entidad «Matesa» unos préstamos para fomento de la exportación. Para garantizar el pago de uno de estos préstamos, que era de 500 millones de pesetas, el Banco concertó una póliza de seguro con la Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución. Una vez producidos los conocidos acontecimientos de insolvencia de la prestataria y prisión para los administradores de «Matesa», el Banco demanda a la aseguradora para que le pague el capital asegurado. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Las cuestiones planteadas contemplan un contrato básico, modalidad de los genéricamente denominados «seguros de crédito a la exportación», cuya finalidad es prestar cobertura a los riesgos derivados del fomento de la actividad exportadora, mediante la concesión de un préstamo de 500 millones de pesetas por parte del Banco de Crédito Industrial a la Entidad Maquinaria Textil del Norte de España, S. A. («Matesa»), operación completada con la formalización de una póliza de seguro de afianzamiento de tal crédito; y producido el evento de impago de la mutuataria, la controversia se centró en dos puntos concretos principales, referidos, en definitiva, a si la condena pronunciada por la jurisdicción penal contra quienes desempeñaban funciones de alta administración en la sociedad prestataria, como responsables de maniobras defraudatorias urdidas para la obtención del referido crédito, vicia de radical nulidad por ilicitud la operación de préstamo, con mácula que se extiende al contrato de seguro, y si ha sido cumplido el presupuesto pactado, a cuyo tenor «para que la operación realizada quede amparada por el seguro será requisito indispensable que el asegurado acredite, de acuerdo con el uso mercantil, que el importe del préstamo se ha destinado por el prestatario precisamente a los fines establecidos, problemas que la Sala sentenciadora resuelve entendiendo que la comisión del ilícito penal no puede ocasionar la consecuencia de la nulidad civil del contrato celebrado entre el Banco demandante y la empresa prestataria, ni menos la del contrato de seguro, pues la circunstancia de que se hayan producido hechos reveladores de un actuar delictivo de algunas personas físicas, no puede trascender a la persona social o colectiva de la que formaban parte.

El contrato de préstamo ha tenido incuestionable existencia, con des-

plazamiento patrimonial evidente en favor de la entidad prestataria, realidad que no se desvanece por el hecho de que hayan sido empleados ardides captatorios de la voluntad del Banco prestamista, mediante añagazas por parte de algunos componentes de la mutuataria, pues aun operando en el ámbito de la causa concreta del negocio ha de ser separado el móvil meramente individual y oculto que abrigue cualquiera de los otorgantes, del móvil integrado en la causa o incorporado al contrato, ya que por mucho que se acentúe el criterio subjetivista sobre la materia, siempre será menester para causalizarla que la finalidad de que se trate haya sido perseguida por ambas partes y plasmada en el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo, que no puede ser confundido con el fin individual (mero interés o motivo) que llevó a cada contratante a realizar el negocio, y por ello para que los móviles subjetivos de los otorgantes puedan tener repercusión jurídica, como de hecho la tienen en nuestro Ordenamiento jurídico en particulares supuestos, es necesario que reconocidos por ambos contratantes, hayan sido elevados a condición determinante del pacto concertado, actuando a manera de causa impulsiva, situación que no concurre en el caso debatido, pues lejos de existir una conjunción de voluntades entre el Banco de Crédito Industrial y «Matesa» para alcanzar un fin ilícito, el ánimo defraudatorio que ocultaban los rectores de la prestataria actuó como propósito singular en perjuicio de la entidad mutuante.

La ilicitud de la causa, a que se refiere el artículo 1.275 del Código Civil, con expresivos precedentes en el Derecho histórico («todo pleyto que es fecho contra nuestra ley o contra las buenas costumbres, que non deve ser guardado», dijo la Ley 28 *in fine*, Título XI, Partida Quinta), se asienta en una finalidad negocial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes para dar significado al contrato, por lo que resultan irrelevantes los deseos y expectativas que impulsan sólo a una de ellas, de donde se sigue que la nulidad radical ordenada por dicho precepto únicamente se ocasionará si el negocio persigue un fin ilícito o inmoral, pues el móvil se eleva a la categoría de verdadera causa al imprimir a la voluntad de los contratantes la dirección finalista y reprochable del convenio, y dicho está que el artero proceder reprochable a los condenados socios de la prestataria no vicia la actuación contractual del Banco acreedor, víctima del dolo principal. La condena penal impuesta a personas pertenecientes a la compañía prestataria podrá haber afectado al contrato de préstamo realizado entre dicha entidad y el Banco asegurado, pero nada tiene que ver a los fines de la causa con la típica y propia del contrato de seguro.

La cosa juzgada penal no provoca por su sola virtud la nulidad en el orden civil de los contratos en cuestión, tesis correcta por cuanto el dolo causante en que pudieran haber incurrido los componentes del órgano rector de «Matesa», incluso con relevancia jurídico penal, en manera alguna contradice la palmaria consumación del préstamo mediante una entrega dineraria cuantiosa por parte del Banco de Crédito Industrial que la prestataria recibió, negocio verdadero que actuó como antecedente del contrato de seguro de afianzamiento del crédito nacido para la entidad prestamista.

La autoridad de la cosa juzgada penal en el proceso civil, tema que el sistema positivo no resuelve directamente más que en el supuesto de vinculación del Juez de ese orden a la sentencia penal que declara la inexistencia

del hecho, debe ser entendida, con la más autorizada doctrina, en el sentido de que lo resuelto en la vía punitiva sobre la declaración de responsabilidad criminal y la imposición de la pena no son en sí mismas condición de ninguna norma civil y, en consecuencia, no podrá afirmarse en rigor que existía autoridad de cosa juzgada penal en el otro campo, sino que la vinculación del Juez a la sentencia condenatoria tiene lugar en cuanto a la existencia material del hecho, compuesta por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto condenado, apreciaciones que no trascienden al proceso civil cuando la controversia atañe a cuestiones diversas y la sentencia penal no opera prejudicialmente, en cuyo sentido enseña la jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan a los Tribunales civiles en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga, de donde se sigue que los pronunciamientos condenatorios de la jurisdicción criminal, lejos de contradecir, corroboran la entrega dineraria y la realidad del negocio de préstamo, cuyos posibles vicios en la formación del consentimiento o causales presentan valoraciones en el aspecto civil ajenas al cometido propio del Juez penal, de quien no era incumbencia hacer aseveración alguna respecto a los derechos del Banco asegurado frente a la Compañía Española de Seguros.

Los informes obrantes en los autos, prestados por el Consejo Superior Bancario y el Banco de España, expresan que «no existe uso mercantil conocido que obligue a los Bancos a vigilar en el terreno de los hechos la aplicación efectiva de los préstamos otorgados con una finalidad determinada»; por tanto, ha de ser rechazada como ilógica e insólita la interpretación que impone a la asegurada el desarrollo de una vigilancia total y completa sobre el destino de la suma prestada, a partir de la firma del contrato y a lo largo de la vida del préstamo.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO DE FINCA RUSTICA: *Es procedente cuando ha transcurrido el plazo sin que se justifique el preaviso para la prórroga del arrendamiento* (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1978).

Se entabla demanda de desahucio, por haber transcurrido el plazo de seis años del contrato, ante el Juzgado de Guadix, ya que no hay prórroga ni aviso del arrendatario para ejercitar ese derecho. La demandada alegó haber ejercido en forma verbal tal derecho y haber pasado ya el primer año de esa prórroga. El Juez admitió la demanda, confirmando la Audiencia Territorial.

No triunfa el recurso de revisión de la demandada por defecto de forma, ya que tal recurso está sujeto, como el de casación, a un rigorismo formal, siendo inexcusable que se exprese en cada motivo la causa de las previstas en el número 4 del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos en la que se ampara, así como la norma infringida y el concepto en que lo sea, y en ninguno de los dos motivos se indica la causa en que se apoya, limitándose el primero a denunciar la infracción del apartado 3.º del artículo 10 del Reglamento, y el segundo, injusticia notoria por manifiesto

error de derecho en la apreciación de las pruebas, sin la cita de precepto alguno que se diera por infringido por el juzgador y que al ser valorativo de prueba pudiera fundar el motivo, por lo que al no cumplirse las formalidades legales, el recurso ha de ser rechazado.

RETRACTO RUSTICO: *El demandante carece de la cualidad de aparcero, necesaria para ejercitarlo* (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1978).

Ante el Juzgado de Caravaca se pide el retracto de las fincas vendidas, pero el demandado alega que habiendo sido concertado el arrendamiento por la usufructuaria de las fincas, debe extinguirse al terminar el usufructo y, por tanto, no existía cuando se hizo la venta de la finca. El Juez admitió el retracto, pero la Audiencia de Albacete revocó la anterior y absolvió al demandado.

El recurso de revisión no prospera. La sentencia recurrida se funda en que el actor carece de la condición de aparcero y, por consiguiente, del derecho de retraer en el momento de efectuar la venta de las fincas, ya que ese derecho se resolvió con la muerte de la usufructuaria, que le arrendó la finca, y el motivo primero se establece al amparo de la causa tercera del párrafo cuarto del artículo 52 del Reglamento, denunciando la injusticia notoria por error de hecho en la apreciación de la prueba. Es inadmisible porque la vía utilizable es la de la causa cuarta de dicho párrafo. También han de decaer los otros motivos, por hacer supuesto de la cualidad de aparcero, contra la declaración imbatida en debida forma de que no lo era en el momento de la enajenación.

DESAHUCIO: *Es procedente, ya que no se prueba el nuevo contrato que pretende el recurrente* (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1978).

El comprador de las fincas arrendadas demanda a la arrendataria por haber terminado el plazo del contrato. El Juez de Arévalo desestima la demanda, pero la Audiencia de Madrid revoca la anterior.

Es rechazado el recurso de revisión. Al decir los recurrentes que no existe el contrato que alega el demandante y sí otro distinto, hacen supuesto de la cuestión, lo que no se permite, según reiterada jurisprudencia, puesto que la Sala sentenciadora reconoce que el contrato en vigor es el referido en la demanda inicial y afectado por la acción de desahucio entablada por los actores, ya que el otro contrato que pretenden los demandados no tiene más constancia que su unilateral afirmación, lo que carece de consistencia al no justificarse en absoluto. Los documentos aportados han sido ya examinados por el Juez y la Sala y no pueden ser objeto de nuevo examen en este recurso, que no es una tercera instancia. Ni la no comparecencia de uno de los demandados al acto de conciliación, al que estaba citado, ni la inexistencia de notificación a uno de los demandados—el que pretende ser arrendatario único de la finca—son inoperantes para dar eficacia al motivo precitado, puesto que no determinan cuál habría de ser el contrato regulador del arrendamiento en cuestión, así como tampoco lo hacen las certificaciones de la Hermandad de Labradores aportadas, ya que una cosa es el derecho arrendaticio y otra quien prácticamente realiza la actividad efectiva de agricultor; ni tampoco prueba nada el que uno de

ellos no esté empadronado en el término donde radica la finca, ya que una cosa es la residencia y otra la titularidad de un derecho; ni que el pago de las rentas lo haya hecho otro, ya que el pago, según el artículo 1.158 del Código Civil, puede hacerlo cualquiera, sin que se pruebe que el arrendador haya hecho recibos de renta exclusivamente a nombre del pagador. Todo lo enunciado implica meras deducciones e hipótesis, que no evidencian nada indubitadamente contrario a lo establecido por la sentencia recurrida para revelar error de hecho cometido por la Sala que la dictó. En cuanto al error de derecho, basado en que al fallecer el arrendatario sus hijos eran menores no emancipados, y en que el artículo 18 del Reglamento señala un orden especial de llamamientos, correspondiendo al viudo en primer lugar, sin que se acredite la renuncia de éste, implica plantear una cuestión nueva en el recurso de revisión, ya que no se trataba de ello en el pleito primitivo, sino de averiguar si eran arrendatarios sólo un hijo o todos ellos y el cónyuge viudo, cuestión nueva que no puede admitirse en el recurso entablado.

SUBARRIENDO: *Procede el desahucio por ser radicalmente nulo el subarriendo, así como la cesión en aparcería incontestada por el arrendador* (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1978).

Se funda la demanda en la cesión hecha por el arrendatario de parte de la finca arrendada a otra persona. El Juzgado número 1 de Valladolid estimó la demanda, sentencia confirmada en apelación.

No tiene éxito el recurso de revisión, ya que no se impugna debidamente la certeza de los hechos que la sentencia considera probados, y de los cuales resulta que después del contrato de 1968 se hizo un subarriendo por el arrendatario, siendo éste quien percibe la renta del mismo, por lo que resulta evidente que llevó a efecto un convenio expresamente prohibido y declarado nulo por el artículo 4 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, que ratifica lo dispuesto por la Ley de 1935. Además, el demandado reconoce también que las tierras arrendadas las cultiva el arrendatario con su hermano, repartiéndose los beneficios y pagando a medias los gastos, lo que supone una cesión en aparcería, prohibida igualmente por el precepto citado. Es indiferente que el subarriendo haya sido consentido por los arrendadores, pues se trata de nulidad radical o inexistencia de imposible convalidación, al violar una disposición prohibitiva. En cuanto a la cesión de los aprovechamientos de la finca, su realidad es manifiesta, sin que obste que los dos hermanos vivan juntos y tengan sus bienes en común, ya que fue sólo el demandado quien concertó el arrendamiento, y ello supone una aparcería para la que no hubo consentimiento expreso de los arrendadores, de lo cual se deduce que estas situaciones integran la causa cuarta de desahucio del artículo 28 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, aplicado correctamente por el Tribunal.

DESAHUCIO: *No se acredita la novación del contrato primitivo, por lo que procede la acción de desahucio* (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1978).

Se demanda al arrendatario para que entregue la finca por transcurso del plazo contractual, pero alega existir una prórroga, habiendo recibido ya

la arrendadora el pago del primer año de esta prórroga. El Juez de Morón y la Audiencia de Sevilla, en alzada, estimaron la demanda.

El Tribunal Supremo mantiene la misma doctrina. La carta del administrador al arrendatario por la que se eleva la renta, que supondría una novación del contrato primitivo, y los documentos aportados, que justifican el pago de esta renta, no implican contradicción entre ellos y lo resuelto en la sentencia, ya que estos documentos han sido tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora, y con base en ellos llega a la conclusión de que la continuidad del arrendatario en la finca durante el año siguiente a finalizar el contrato sólo demuestra que la arrendadora no ejercitó acción alguna para recuperarla, no acreditando la carta otra cosa que la pretensión del demandado de continuar en la finca, pero sin que de ella se deduzca la concurrencia de voluntades para otorgar un nuevo contrato o novar el primitivo y la entrega de dinero por el año agrícola siguiente al vencimiento, pues teniendo en cuenta las liquidaciones anuales entre las partes, tal entrega pudo ser una de cantidad pendiente de liquidar de la renta contractual o de las cargas y tributos que eran de cuenta del arrendatario, con lo que se deduce que el recurrente trata de conseguir por vía inadecuada una nueva interpretación de los documentos distinta de la que en la sentencia recurrida se hace, y la interpretación de contratos corresponde al Tribunal de Instancia, salvo que dicha interpretación sea equivocada, desorbitada e ilógica, de modo que contradiga la letra y el espíritu de los contratos. Tampoco puede tenerse en cuenta el segundo motivo, en el que se dice que la arrendadora no indicó su voluntad de recuperar la finca, ya que la circunstancia de no ejercitar el arrendatario su derecho de prórroga eximía a la arrendadora de la que, a su vez, le exige el Reglamento, porque la reciprocidad de las obligaciones requiere que para exigir el cumplimiento de las del contrario se hayan observado las propias, como así lo declara la jurisprudencia de este Tribunal. Llegada la fecha de vencimiento, la arrendadora quedó en libertad para, sin ningún compromiso, ejercitar la acción de desahucio, sin que aparezca probado el convenio sobre la novación del contrato primitivo.

DESAHUCIO: Tanto el pago de las rentas como su consignación han de ser hechos antes de la interposición del correspondiente recurso para que pueda admitirse (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1978).

El arrendamiento es considerado como de aprovechamiento ganadero por sentencia judicial precedente, y transcurridos los tres años que la ley señala como mínimo, se interpone la demanda de desahucio ante el Juzgado de Aranjuez, que concedió el desahucio, confirmándolo la Audiencia.

El Tribunal Supremo no admite el recurso de revisión. El Juzgado acogió la tesis de que el contrato vencía el 30 de octubre de 1975, mientras que el demandado decía que no finalizaba hasta la misma fecha de 1976. En cualquiera de ambos supuestos el demandado arrendatario, al interponer el recurso de apelación contra la sentencia de Primera Instancia, no acreditó estar al corriente en el pago de las rentas vencidas ni efectuó la consignación, por lo que incumplió la exigencia del artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 54 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de estar al corriente en el pago de las rentas vencidas o consignar-

las para poder ejercitar recursos, y al haberlo entendido así la Sala, en ninguna infracción incide de tales preceptos, sino que se acomoda a ellos. Fijada en el juicio anterior la fecha de 30 de octubre de 1975 como la de vencimiento del plazo contractual, a ella tiene que atenerse el recurrente para dar adecuado cumplimiento a las exigencias del recurso ejercitado, porque lo contrario significa sustituir el criterio objetivo del órgano jurisdiccional por el subjetivo de quien recurre. El defecto indicado no puede entenderse sanado por consignar la renta con posterioridad al transcurso del período de tiempo para el ejercicio del recurso de apelación, que es determinante del presente de revisión, desde el momento en que siendo de la naturaleza de los de preclusión el correspondiente al ejercicio del recurso de apelación, las exigencias procesales que al mismo afectan han de venir cumplidas dentro del plazo correspondiente para su ejercicio y no con posterioridad.

RECLAMACION DE CANTIDAD: *Es poseedor de mala fe el que prolonga abusivamente la posesión de la finca una vez vencido el plazo contractual* (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1978).

Al cumplirse los seis años del contrato, la heredera de la primitiva arrendadora decidió poner fin al mismo, por lo que planteó juicio de desahucio, que terminó por sentencia de la Audiencia que declaró haber lugar al mismo. Continuando un año más la arrendataria en la posesión de la finca después del cumplimiento del plazo, carecía de derecho para quedarse en la finca con todos los frutos percibidos, de los que resultó privada su dueña, por lo que se reclama la cantidad de 36.722 pesetas, más 171.000, en concepto de daños causados por el arrendatario, subiendo a un total de 207.722 pesetas, que se piden ante el Juzgado de Coria, que estimó en parte la demanda, condenando al demandado a pagar la cantidad de 199.012 pesetas por frutos y daños, desestimando el resto de frutos perdidos. La Audiencia de Cáceres confirma íntegramente la anterior.

No prospera el recurso de revisión. Los preceptos procesales que se estiman infringidos no han provocado indefensión a los contendientes ni rompen el principio de la igualdad de trato, pues las actuaciones prosiguieron su normal desenvolvimiento sin que en ningún momento mediara protesta alguna, y además, el precepto que se considera violado hace referencia a la vista de los pleitos o acto final, en que se contempla todo el material de alegaciones y pruebas obrantes en el proceso, especial hipótesis que se halla al margen de la norma que estatuye el citado Decreto. Tampoco puede admitirse el tercer motivo, pues el recurso de revisión no es una tercera instancia ni consiente un nuevo examen de la prueba practicada, por lo que resulta inadmisibles sostener que el demandado y recurrente no es poseedor de mala fe, cuando así lo tiene proclamado reiterada jurisprudencia para las situaciones en las que el arrendatario prolonga abusivamente la posesión de la finca una vez vencido el plazo contractual, y mal puede entenderse que ha existido error en la apreciación de la prueba, siendo así que el dictamen pericial obrante en autos cifra el quebranto patrimonial de la actora en una suma superior a la reclamada en la demanda, siquiera los juzgadores hayan debido atenerse al *quantum* de la pretensión por imperativo de la incongruencia.

DESAHUCIO: *No procede la prórroga, que no se ha ejercitado debidamente en tiempo legal* (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1978).

Realizado el contrato de arrendamiento en forma verbal, debe atenderse al mínimo de seis años, sin que el arrendatario exteriorizase su deseo de prórroga, por lo que quedó extinguida la relación arrendaticia. Queriendo cultivar directamente la finca y habiendo resultado inútiles las gestiones amistosas, se entabló demanda ante el Juzgado número 2 de Tortosa para solicitar el desahucio. Este acogió la demanda, y apelada la resolución, la Audiencia confirmó la sentencia anterior.

El recurso de revisión no tiene éxito. Además de no haber consignado la renta contractual vencida durante su sustanciación, lo que implica inadmisión del recurso, según el artículo 54 del Reglamento, no hay quebrantamiento de formalidades esenciales del juicio y, por tanto, no hubo indefensión del recurrente. Por otra parte, cuando se plantea la demanda ya habían transcurrido los seis años fijados por la ley, olvidando el recurrente la naturaleza específica del año agrícola arrocero, ya que su cultivo y recolección se realizan dentro del mismo año natural. Por último, se olvida por el recurrente la incompatibilidad entre prórroga legal y tácita reconducción, por lo que procede la desestimación íntegra del recurso.

DECLARACION DE CIERTOS EXTREMOS Y CONDENA: *El recurso es inviable por haberse planteado fuera de tiempo para las acciones restitutorias de la posesión y, además, no puede revivir el contrato de aparcería por transformación del suelo rústico en urbano* (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1978).

El actor, que dice ser aparcero de una finca, solicita la declaración de tal cualidad, que ha sido desconocida por la entidad propietaria, que pretende crear una urbanización, por lo que ha desposeído de la finca al demandante ante el Juzgado de Primera Instancia de Orihuela, que desestima la demanda acogiendo los razonamientos de la demandada, que negó la existencia de tal aparcería, lo que confirmó la Audiencia Territorial.

No prospera el recurso de revisión. Siendo declaraciones fundamentales del Tribunal *a quo*, que han quedado imbatidas por falta de impugnación adecuada, que la acción ejercitada a fines restitutorios de la posesión y continuación de la aparcería resulta inviable, tanto por haberse planteado fuera del tiempo marcado para esas acciones, cuanto por no existir la posibilidad legal y real de revivir ese contrato de aparcería por la transformación de la superficie en que se asentaba, de suelo rústico en urbano, y la terminación, en definitiva, de las rotaciones de cultivo, que nunca podrán ser tácitas, y en tal sentido, la conducta ilícita de la sociedad demandada se enmarca al haber permanecido pasivamente el actor en los remedios restitutorios de la posesión en acciones de trascendencia más bien primitiva, según dice la sentencia recurrida, declaraciones suficientes para mantener el fallo recurrido, cualquiera que sea el concepto que merezca a esta Sala sus declaraciones sobre la necesidad del preaviso, según la costumbre local, no dándose el recurso presente contra los considerandos que no son base imprescindible de aquél.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: *Probada la separación de hecho del copropietario arrendador, procede la denegación de prórroga hecha al demandado, aunque aquél tenga otro piso de su propiedad, además del que ocupa, por necesitarlo para su esposa e hijos* (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1978).

Le es denegada la prórroga al inquilino, por necesitar el piso uno de los hijos de un copropietario del mismo, pero no lo desalojó, a pesar de tener a su disposición otro piso en la ciudad. El Juzgado Municipal número 25 de Madrid declaró inadmisibile la pretensión meramente declarativa formulada por los actores. La Audiencia Provincial revocó aquélla y condenó el lanzamiento del arrendatario.

Se interpone recurso extraordinario de revisión con base en que el demandante tenía otro piso en la capital y no existía la causa de necesidad alegada. No prospera este recurso porque probada la separación de hecho del copropietario y su esposa, que con los hijos del matrimonio es la que habita en el piso que tienen en la misma casa, no puede calificarse la selección hecha por tal copropietario entre los inquilinos de acto doloso o fraudulento, al que se refiere el número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que dicha circunstancia e incluso que el actor sea propietario de otro piso, en el que habita por su situación de separación de hecho, en nada había afectado ni alterado el resultado de la selección, cuando, además, la ocupación del piso no es a título de arrendamiento, sino de copropietario, y mal podría ser ejercitada contra él mismo o su esposa la acción de denegación de prórroga.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO LOCAL: *Es necesario pagar las rentas debidas antes de la interposición del recurso* (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1978).

El demandado realiza obras sin consentimiento de la actora, por lo que ésta solicita la resolución del contrato ante el Juzgado de Alcalá de Henares, que acoge la tesis del demandante, confirmandolo la Audiencia de Madrid, que desestima la apelación interpuesta.

El recurso de casación por infracción de ley no tiene éxito. La aportación de recibos de renta no pueden servir de fundamento del error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que el Tribunal de Apelación los tuvo presentes al emitir su decisión judicial ni los mismos evidencian lo contrario de lo afirmado en la resolución que se impugna, puesto que no se justifica que fueron aportados en el momento de interponer el recurso ni dentro del plazo establecido en el contrato de arrendamiento de 1973, ni para demostrar el error de derecho puede servir de apoyo la infracción de una norma como el artículo 1.253 del Código Civil, que no contiene normas sobre valoración de la prueba ni se expresa el concepto en que se cree haya sido vulnerada, todo lo cual hace decaer el motivo. La obligación de pagar las rentas antes de interponer el recurso no puede enervarse por la

reconvención del demandado, en la que solicita el pago de cierta suma en concepto de resarcimiento de daños por una fuga de agua, ya que esta nueva acción no se ampara en el artículo 107 de la Ley de Arrendamientos ni versa sobre materia propia de la legislación especial, por lo que los Tribunales no pueden pronunciarse sobre ella en esta clase de juicio, ya que la acumulación objetiva lleva consigo la ineludible necesidad de que la pretensión nueva y la que se venía discutiendo en el juicio principal se sustancien conjuntamente. Teniendo por objeto la obligación impuesta por el artículo 148, el que el arrendatario no se valga del pleito para dejar de satisfacer la renta durante la tramitación del juicio, con indudable perjuicio para el propietario y enriquecimiento injusto por su parte, tal finalidad quedaría frustrada y el derecho del arrendador se convertiría en ilusorio mediante entablar una reconvención a todas luces improcedente que no guardara relación con la resolución del contrato, interpretación que por conducir al absurdo debe rechazarse, por lo cual es indudable que al haber denegado el Tribunal *a quo* el recurso de apelación interpuesto por el demandado, por no haber éste aportado los recibos, no incurrió en defecto de jurisdicción de ninguna clase.

C. R. R.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

APLICACION INMEDIATA DE LA CONSTITUCION. SUPERVIVENCIA DE LEYES ANTICONSTITUCIONALES. DERECHO DE ASOCIACION. SOCIEDADES SECRETAS. LEGALIZACION DE LA(S) MASONERIA(S) (SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JULIO DE 1979).

I. INTRODUCCIÓN

Temas hoy quizá excesivamente vulgarizados no dejan de tener, a pesar de todo, singulares atractivos. El de la Masonería es, indudablemente, uno de ellos. Al interés que desde otras perspectivas pudieran sugerir este tipo de Sociedades hemos de añadir ahora el estrictamente jurídico, proporcionado por dos sentencias del Tribunal Supremo que vienen a impartir justicia, precisamente a los Masones, frente a sendos actos administrativos del Ministerio del Interior denegando la inscripción del «GRAN ORIENTE ESPAÑOL» (Masonería Española Simbólica Regular) y del «GRANDE ORIENTE ESPAÑOL UNIDO», en el Registro de Asociaciones. Se trata de las Sentencias de que fueran Ponentes J. J. Jiménez Hernández y E. Díaz Eimil, ambas de 3 de julio de 1979 y de la Sala Cuarta. A ellas y sólo a los aspectos jurídicos que suscitan, evidentemente, voy a limitar este comentario (de Jurisprudencia).

El interés de las Sentencias en esta ocasión escogidas reside en que en ellas, por primera vez, se afronta la problemática de hasta qué punto la Constitución es de aplicación inmediata, exige un posterior desarrollo, deroga las leyes de régimen anterior (o las convierte en inconstitucionales). Y en todo este contexto, el tema de la interpretación de la Constitución en el punto concreto del 22, en relación con el carácter de la intervención de la Administración en el ejercicio del derecho de asociación y en relación con la interpretación del calificativo *secretas* de las asociaciones.

Como es sabido, la Constitución de 1978 está todavía en un proceso de desarrollo cuya valoración es susceptible de juicios de distinto signo. El hecho es que el texto fundamental prevé su propio desarrollo mediante normas que normalmente, cuando previstas, tienen el calificativo de leyes (orgánicas bastantes de las veces) y que, hoy por hoy, muchas

de dichas normas todavía no se han producido. Tal es el caso en materia del ejercicio del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución Española; punto en el que nos encontramos con la Ley de 24 de diciembre de 1964 y la vigente Constitución, sin que una nueva ley haya regulado la materia, tomando como punto de partida la norma fundamental. Y tal es el supuesto de las Sentencias comentadas, en las que se confirman los pronunciamientos de la Audiencia Nacional frente a las argumentaciones de la Administración, que sostenían que la *protección* del derecho de asociación y su *ejercicio* debían ajustarse a la ley del anterior régimen, y (lo que es clave en el tema) que el Ministerio del Interior seguía ostentando las mismas facultades interventoras que años atrás; todo ello apuntalado además en la tópica afirmación de que las Sociedades Masónicas son secretas.

II. EL TEMA DE LA SUPERVIVENCIA DE NORMAS ANTECONSTITUCIONALES

1. Normas necesitadas de una actividad intermedia a su aplicación

El tópico de que las normas positivas entran en vigor en un momento determinable «a priori» en relación con su publicación debe matizarse en numerosos supuestos en los que, aunque normativamente, se pueda decir que la disposición está vigente, práctica y, efectivamente, no se deba afirmar lo mismo.

Son supuestos en los que las previsiones normativas para su efectividad están condicionadas (no sólo expresamente) al establecimiento de una determinada organización (hasta que no funcionase el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, etc., numerosos preceptos de la Constitución carecerán de aplicación; es un ejemplo) e incluso al condicionamiento financiero (en materia de fomento, sobre todo: piénsese en las bellas y gratuitas declaraciones sobre enseñanza gratuita o en las ayudas y auxilios prometidos a agricultores, etc., en numerosas normas; es otro ejemplo). En todos estos supuestos, una visión purista, monacal (positivista) del *Derecho* llevaría a desconocer la trascendencia que para el Derecho tiene la efectividad de la *norma*.

El mismo tipo de declaraciones retóricas se detecta en aquellos supuestos en los que la norma (?) queda caracterizada como un simple principio programático, que para su efectividad requiere una positivización más concreta: en tanto no se verifique tal concreción y desarrollo, no dejarán de ser vacías palabras las de la ley (1).

El tema es claro y patente en relación con leyes como las de cogestión y Jurados de empresa del régimen anterior, que por falta de desarrollo sufrieran la consabida congelación.

(1) Es de subrayar en este sentido la afirmación que hace F. GARRIDO FALLA al decir:

«que para que una declaración constitucional (o legal) tenga naturaleza de norma jurídica no basta con su inclusión en el tal texto (constitucional o legal), sino que resulta necesario *además* que tenga estructura lógica de norma jurídica; es decir, que consista en un mandato, una prohibición o una correlativa delimitación de esferas jurídicas entre sujetos, con el establecimiento de recíprocas obligaciones y derechos. Intentando resumir de nuevo nuestras afirmaciones: es la estructura lógica de la norma la que, en definitiva, diferencia el Derecho de la Retórica».

Así en REDA, 21. (El art. 53 de la Constitución) que constituye un adelanto parcial de lo que serán los comentarios de dicho profesor a la Constitución, en prensa cuando redactó estas líneas.

En el campo constitucional, la cuestión adquiere una singular relevancia, y no deja de ser sintomático que la más típica caracterización abstracta de las normas fundamentales se debiera a la teoría pura del Derecho de la Escuela Vienesa, de evidente carácter conservador (en cualquier dirección). Por demás, en nuestra historia constitucional, la constante ha sido la situación apuntada, llegando incluso a las leyes fundamentales, hasta hace poco vigentes (?), en las que el condicionamiento de las declaraciones sobre derechos (fundamentales) a su posterior desarrollo legislativo supuso la práctica ineffectividad de los mismos (2).

2. La vigente Constitución en materia de derechos fundamentales

La actual Constitución española plantea el problema acabado de esbozar, siendo uno de los aspectos que en las Sentencias que comento (sobre todo en la del «Gran Oriente», ponente Jiménez) se asumen en los razonamientos del fallo.

El esquema a que responde la Constitución se concreta en el artículo 53 en una triple distinción entre:

a) Los principios de política económica y social del capítulo III, título I.

b) Los derechos de los ciudadanos de la sección II del capítulo II, título I.

c) Los derechos y libertades de la sección I.

a) se contrapone a b) y c), en tanto que mientras los principios a) sólo informan la actuación de los poderes públicos, siendo, por tanto, sólo normas de acción (3) que (aparte su valor como elementos de interpretación) pueden determinar la ilegalidad de dichas actuaciones cuando contrarias a las mismas y, consiguientemente, un interés legítimo (judicialmente protegible) (4) por parte de los ciudadanos, los derechos b) y c) no sólo informan, sino que además vinculan a la Administración. Y, consiguientemente, le son exigibles. Conviene precisar además que la exigibilidad de los «derechos» (principios) del capítulo III, a), podrá producirse en un futuro en el caso de que así (y en sus términos) lo dispongan las leyes de desarrollo, mientras que los derechos (derechos) b) y c) son ya exigibles, aunque también se prevé su desarrollo, la regulación de su ejercicio.

Por otro lado, el desarrollo normativo en los tres supuestos indicados reviste alcance distinto: a) admitiría en algún supuesto desarrollo no legal (art. 47, por ejemplo); b), en su desarrollo, está acotado por la reserva de ley, y c), por la reserva de *Ley orgánica*.

Asimismo el sistema de protección que en a) en cuanto al ejercicio queda condicionado a la ley de desarrollo, y en b), aunque es efectivo, se produce por la vía ordinaria; en c) se puede conseguir además por vías especiales (53, 2) que se extienden a la objeción de conciencia.

(2) La afirmación es susceptible de graduación según la perspectiva que se adopte. El hecho objetivo, no obstante, es que las Leyes Fundamentales no produjeran los frutos mínimamente esperables (o no; todo depende del optimismo que se tuviera).

(3) Normas de acción por contraposición a normas de relación. Sobre la categoría, importada de la doctrina italiana por F. GARRIDO FALLA, *vid.* de este autor RAP, 6, págs. 127 y ss. y 135 y ss.

(4) Como es sabido, el tema de estos *intereses legítimos* ha sido objeto, como diría S. MARTÍN-RETORTILLO, de elucubraciones increíbles. Un intento de explicación en E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Curso de D. A.*, en cooperación con T. R. FERNÁNDEZ, II, Madrid, 1977, págs. 35 y ss.

3. Efectividad de la protección del derecho de asociación

Partiendo de lo anterior, se constata que el derecho de asociación (artículo 22 de la Constitución Española) está incluido en la sección I, capítulo II, título I, y corresponde al supuesto *c*). El problema es ahora determinar cuál es el régimen del derecho de asociación (tanto en cuanto a sus límites, como en cuanto a las posibilidades de intervención administrativa) y, como cuestión previa, determinar hasta qué punto la falta de una ley orgánica de desarrollo puede determinar el condicionamiento de su ejercicio; en definitiva: si en este punto la Constitución tiene un valor exclusivamente programático.

La tesis de la Administración se recoge en el principio del segundo considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo (del «Gran Oriente»), ponente Jiménez, dice:

«Que sin embargo el orden establecido por la Administración recurrente, es indudable tiene carácter preferente el último de ellos, ya que afecta al ejercicio del mismo derecho asociativo o, al menos, a alguno de sus aspectos como lo son los referentes a las asociaciones secretas o paramilitares que, por no tener existencia legal previa a la constatación registral de sus estatutos, precisan del desenvolvimiento legislativo previsto en el párrafo primero del artículo 53 del texto constitucional, en relación con el párrafo primero del artículo 81 del mismo texto, donde se definen enumerativamente las leyes orgánicas, añadiendo que la práctica judicial puede llegar *en su momento* a reconocer, respetar y proteger los principios del capítulo VII (sin duda, se refiere al II, donde se hallan recogidos los derechos y libertades) del título I de la Constitución, pero la regulación de tales derechos sólo podrá efectuarse por ley, cuya tutela se ha de ejercer a través del apartado *a*) del artículo 161 del ya citado texto constitucional.»

Pero se trata de una tesis que fácilmente se viene abajo, en cuanto se constata la contraposición del supuesto *c*) (apartados I y II del artículo 53 de la Constitución española). Con el otro enmarcado en el *a*) (apartado III, 53). Resulta claro, por tanto, que es exigible el derecho de asociación ya, y por las vías previstas en la Constitución. Según sigue diciendo el Tribunal Supremo:

«tal tesis, que responde a una vieja concepción constitucionalista no recogida en el actual texto básico regulador de la convivencia nacional, no puede ser aceptada, y ello por las mismas razones señaladas por el representante de la Administración en el escrito de contestación a la demanda, donde a la pregunta sobre si el ejercicio del derecho asociativo no podía hacerse efectivo hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo posible se contesta negativamente el mismo representante de la Administración, fundándose para ello en la vigencia actual del texto constitucional y en la promulgación de Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona».

4. Normas aplicables hoy al derecho de asociación

Si resulta claro que el derecho de asociación puede exigirse y tiene la efectividad y protección jurisdiccional que le confiere la Constitución, lo que inmediatamente surge como problema es el contenido y límite de ese derecho fundamental, que como cuestión previa, a su vez, determina la de saber cuál es la normativa aplicable.

En una primera aproximación puede resaltarse, que la regulación del ejercicio de este (y otros) derecho(s) al producirse (necesariamente por ley orgánica) debe respetar su contenido esencial. Como dicho desarrollo todavía no se ha producido, la Constitución queda en su indeterminación prácticamente abierta a la interpretación y las limitaciones (que no afecten al contenido esencial del derecho) todavía inoperantes. En este sentido son claras las expresiones del tercer considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de Jiménez como ponente:

«el desarrollo legislativo sólo resulta imprescindible para concretar más detalladamente los límites genéricamente establecidos en el artículo 22 del texto constitucional».

«La regla general es la posibilidad de ejercicio del derecho y la excepción de exclusión, debiéndose aplicar éstas—las exclusiones—con criterio restrictivo, partiendo para ello siempre de su establecimiento legal.»

«En tanto no haya una norma legislativa constitucionalmente válida que los limite.»

Asimismo la Sentencia del Tribunal Supremo del «Grande Oriente Unido», ponente Díaz Eimil (considerando cuarto), se refiere al:

«cumplimiento de las prohibiciones establecidas en la Constitución y de las normas moderadoras que se dicten para regular el ejercicio de ese derecho fundamental y que, en todo caso, ha de ser una ley orgánica que respete el contenido esencial del derecho, según se deduce de los artículos 53, 1, y 81, 1, de la Constitución».

Todo lo dicho, no obstante, no puede llevar a la conclusión de que la anterior legislación sobre asociaciones ha quedado derogada totalmente.

Como es del dominio público, por su forma hay dos tipos de derogación: la derogación expresa y la por colisión. En la disposición derogatoria de la Constitución encontramos la derogación expresa en sus dos primeros apartados (5). El tercer apartado lo que contiene es una declaración de quedar derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en el texto constitucional. Mientras en los supuestos de derogación expresa y nominal no se plantean problemas, cuando de derogaciones por colisión se trata se exige del jurista un trabajo interpretativo para determinar cuándo se produce (y cuándo no) la colisión, y, consiguientemente, determinar qué parte de las disposiciones y qué normas siguen vigentes (y cuáles habrá que entender desaparecidas del ordena-

(5) Derogación expresa, que yo me atrevería a calificar de derogación *por si acaso* («en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas». «En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia se considera definitivamente derogado...»).

miento). A esta labor de *interpretación*, que viene exigida por la *derogación* (cosa distinta) por colisión, es a lo que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo (Jiménez), al decir que:

«Ha de ser interpretada, de acuerdo con los antecedentes históricos y legislativos y en la realidad social actual, conforme a los principios de hermenéutica del párrafo primero del artículo tercero del Código Civil.»

La Constitución, por tanto, al operar sobre el Derecho anteriormente vigente mediante una derogación por colisión, exige de la misma Constitución y del derecho anterior a ella una *interpretación* que nos dirá qué es de *aplicación*.

Ahora bien: ¿quién puede verificar tal operación? La cuestión viene planteada por el dato de tratarse la Constitución de una norma cuya interpretación está encomendada al Tribunal Constitucional, sobre todo cuando dicha operación conlleva un juicio de validez de disposiciones con valor de ley. Creo que un enfoque del problema resulta claro de la distinción entre leyes inconstitucionales en sentido estricto (aquellas que han pretendido una regulación contraria a la Constitución; en otras palabras: que han pretendido derogar la Constitución, y, consiguientemente, lo único conseguido es aplastarse contra la coraza constitucional) de leyes que sobrevienen inconstitucionales (antes eran constitucionales, pero al sobrevenir una nueva Constitución quedan descolgadas de las nuevas normas fundamentales). ¿Hasta qué punto la distinción de uno y otro supuesto justifica una solución contraria? La clara conclusión del control por el Tribunal Constitucional de la leyes posteriores a la Constitución, ¿es aplicable a las leyes anteriores? La tesis del Tribunal Supremo en las Sentencias comentadas es la negativa, y se resume en considerar (simplemente) derogadas las normas anteriores contrarias a las constitucionales, precisamente en base a la existencia de la disposición constitucional derogatoria, con la consiguiente equiparación de tal derogación (constitucional) a otras derogaciones (6), lo que significa que en el supuesto simplemente se está buscando la norma aplicable.

En este sentido, el último inciso del considerando segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo del «Gran Oriente» (Jiménez) establece que:

«En tanto el desarrollo legislativo no se produzca, se realice una hermenéutica favorable a la aplicación de tales derechos a través de la aplicación de las leyes anteriores, en tanto ellas resulten vigentes, por no oponerse al texto constitucional, debiendo resaltarse que para ello *no es necesario acudir a la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida*, usada en algunas ocasiones en situaciones de transición, cual la que atraviesa España al pasar de las viejas leyes fundamentales a la nueva constitucional, por cuanto el punto tercero de la disposición derogatoria de ésta deja sin efecto cuantas disposiciones se le opongan, y, aunque es cierto que ello constituye *una innovación en el Dere-*

(6) Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA debería matizarse la posibilidad de interpretación a efectos de derogación por parte de los Tribunales (no constitucionales). *Loc. cit.*, págs. 111 y 112.

Asimismo, respecto de las normas Post-Constitucionales, a la inversa, admite la posibilidad en el caso del procedimiento especial y sumario (antesala del recurso de amparo) de interpretación constitucional por parte del Juez no constitucional de las Leyes, cit., pág. 106.

cho constitucional, no por ello puede dejar de reconocerse eficacia inmediata al citado texto derogatorio, el cual lleva, como causa ésta obligado, la aplicación directa de la norma constitucional en todo cuanto ello sea necesario para que el ordenamiento jurídico español siga siendo el todo coherente y absoluto que se deduce del actual párrafo final del artículo primero del Código Civil, donde se impone a los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.»

Y la Sentencia del Tribunal Supremo del «Grande Oriente» (Díaz), en el considerando tercero de la apelada, dice:

«Que al estar inspirada la Constitución española en principios y concepciones en gran medida contrarios a los que sirvieron de base a las leyes fundamentales anteriormente vigentes y legislación inferior dictada para su desarrollo, se pueden plantear—y de hecho se plantean en estos autos—conflictos normativos entre el ordenamiento jurídico anterior y la norma constitucional, los que siempre han de resolverse dando prevalencia a esta última, cuya disposición derogatoria, apartado tercero, deja sin efecto todas las disposiciones que se opongan a lo establecido por ella.»

5. *Carácter de la «intervención» de la Administración en el ejercicio del derecho de asociación*

El fundamental cambio operado en esta materia, y que por una interpretación de la Ley del 64 confrontada con la normativa constitucional hace ver el punto de colisión entre la anterior y nueva regulación, se centra en el carácter de la intervención administrativa en esta materia. Creo que las sentencias son lo suficientemente expresivas para comentarse a sí mismas.

Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo relativa al «Gran Oriente» (Jiménez) se dirá (tercer considerando) que:

«El citado texto (del art. 22 de la Constitución española) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España en 13 de abril de 1977) establecen el derecho de asociación en su sentido más amplio, de tal forma que de ellos y de lo establecido en el punto 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, que según el párrafo segundo del artículo 10 del texto constitucional ha de servir para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades reconocidos por él, se deduce, cual se indica en la Sentencia impugnada, que la regla general es la posibilidad de ejercicio del derecho y la excepción su exclusión, debiéndose aplicar éstas—las exclusiones—con criterio restrictivo, partiendo para ello siempre de su establecimiento legal.

Es decir, la *regulación actual, completamente distinta de la precedente*, que, inspirada en el artículo 16 del Fuero de los Españoles, exigía la autorización expresa de la autoridad gubernativa, cual claramente se infiere del párrafo sexto del artículo tercero de la Ley de 1964, al señalar cuándo la citada autoridad puede conceder o denegar el reconocimiento de las asociaciones, ha de ser interpretada, de acuerdo con los antecedentes históricos y legislativos y en la realidad social actual conforme a los principios de hermenéutica del párrafo primero del artículo tercero del Código Civil, y tanto ésta como aquéllos en tanto no haya una norma legislativa constitucionalmente válida que los limite, pugnan por la *libertad asociativa*, en cuanto a su constitución, que *sólo podrá ser yugulada a través de una declaración judicial* de ilegalidad o de hallarse el caso incurso en algún supuesto de prohibición expresa, *'lo cual es tanto como señalar que la inscripción registral prevista por el artículo 22 de la Constitución habrá de practicarse tan pronto como consten los datos* que señala el párrafo segundo del artículo tercero de la Ley de 1964 y el acta de constitución a que se refiere el párrafo primero del mismo texto, *sin posibilidad de denegación*, aunque, eso sí, sin perjuicio de instar la Administración la acción declarativa pertinente, en orden a constatar su ilicitud o el hallarse incurso en prohibición legal'».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo referente al «Grande Oriente Español Unido» (Díaz), asumiendo los dos primeros considerandos de la apelada, sostendrá:

«Que el de asociación es un derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución española (art. 22) y tutelado por los Juzgados y Tribunales ordinarios—art. 53, 2, en relación con los arts. 9, 2, y 24 de la indicada Constitución—mediante un procedimiento preferente y sumario, como es el que, con carácter provisional, regula la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, seguido en este proceso.»

«Que las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se han de interpretar (art. 10, 2) de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los que se halla el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; en aquella Declaración se proclama (art. 20) que toda persona tiene derecho a la libertad de asociación pacífica, y en el artículo 22 del Pacto, tras reconocer que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, se establece que el ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a *las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática* en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás; de estos preceptos se deducen que la regla general ha de ser el ejercicio del derecho de asociación, debiéndose aplicar con criterio res-

trictivo las limitaciones al mismo, pues nos encontramos ante *uno de los derechos que más contribuyen a la plena realización de la dimensión social de la persona humana.*»

Y después de advertir el modo de operar frente al conflicto normativo que se deriva del derecho anterior, sostiene (considerandos cuarto y sexto de la apelada):

«Que el evidente recelo con que la Ley 191/1964 regula el ejercicio del derecho de asociación se manifiesta básicamente en el sistema de autorización previa a que se adscribe, recogido en su artículo tercero, según el cual las autoridades competentes (Gobernadores Civiles o Ministro de la Gobernación, hoy del Interior) deben examinar previamente la licitud y determinación de los fines propuestos, y visar o no los estatutos, decidiendo, en caso positivo, la inscripción en el correspondiente Registro; opuesto es el esquema o técnica jurídica que la Constitución sanciona, pues según su artículo 22, 3, la asociación se constituye libremente, debiéndose comunicar dicha constitución a la Administración para su *'inscripción'* en aquel Registro *a los solos efectos de publicidad*, lo que significa que *la personalidad jurídica de la asociación se produce antes de la inscripción*, y viene determinada por la concurrencia de las voluntades de los promotores, *sin que la Administración esté habilitada para realizar (ex ante) una valoración de la licitud o de la determinación de los fines y de los medios expresados en los estatutos*, y mucho menos para llevar a cabo un juicio de las verdaderas y supuestas ocultas intenciones de los que promueven su creación, pues si éste se admitiera, se estaría restableciendo precisamente la regulación que la Constitución ha derogado; ello no supone que, nacida la asociación, escape al control de la legalidad de su organización y actividad, ni que quede exenta del cumplimiento de las prohibiciones establecidas en la Constitución y de las normas moderadoras que se dicten para regular el ejercicio de ese derecho fundamental (y que, en todo caso, ha de ser una ley orgánica que respete el contenido esencial del derecho, según se deduce de los artículos 53, 1, y 81, 1, de la Constitución), pues la propia Constitución (art. 22, 4) atribuye al Poder Judicial la potestad de suspender y disolver las asociaciones, pretensiones que podrán ser postuladas por el representante legal de la Administración cuando aquéllas, a lo largo de su vida, incidan en alguna de las prohibiciones del artículo 22, 5.»

«Que el acto recurrido es contrario a Derecho, porque, excediéndose de la restringida habilitación legal que la Constitución confiere a la autoridad gubernativa en cuanto al ejercicio del derecho de asociación, *el Director General de Política Interior* ha estimado que los estatutos se habrían presentado para su visado (así lo reconoce expresamente en el último apartado del cuarto considerando de su resolución) y, por ello, *ha efectuado indebidamente un control 'ex ante' o valoración 'a priori' de la legalidad de los fines, actividades e idoneidad de la organización prevista en los estatutos, intervención para la que, como ya razo-*

namos, carece de competencia, pues en la actualidad se constituyen libremente las asociaciones, y tan sólo deben sus promotores facilitar a la Administración los datos exigidos por la ley a los efectos de su inscripción, requisito cumplido en nuestro caso, ya que el 'acto fundacional' de 8 de octubre de 1978 identifica plenamente a las tres personas naturales que, con capacidad de obrar, acuerdan promover su constitución, y en los 58 artículos de los estatutos (divididos en cinco títulos, una disposición final y una disposición transitoria) se regulan todos los extremos a que se refiere el artículo tercero de la Ley 191/1964, y muy especialmente sus fines, a los que con suficiente precisión se refieren, fundamentalmente, los artículos quinto, 10, 14, 15 y 17.»

Añadiendo, por su cuenta, el Tribunal Supremo que:

*«En autos está plenamente probado que la asociación recurrente es promovida por personas determinadas y con capacidad de obrar que han aportado a la Administración el documento fundacional en que consta su voluntad de constituir la asociación y unos estatutos que, cumpliendo todos los requisitos previstos en el artículo tercero de la Ley de 24 de diciembre de 1964, determinan, sin lugar a duda, unos medios, actividades y fines no tipificables como delito y una organización y funcionamiento alejados de todo carácter paramilitar, y tales hechos y circunstancias hacen incuestionable, en virtud del principio de libertad de asociación que reconoce el artículo 22 de la Constitución y de los propios términos de éste, que la Administración esté obligada a acordar su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones y, en consecuencia, que el acto recurrido que la denegó adolece de ilegalidad, por entrañar una *extralimitación de las facultades que en este orden registral corresponde a la Administración*, tal y como decide la Sentencia apelada con el informe favorable del Ministerio Fiscal.»*

En síntesis, por tanto, el principio que rige la constitución de asociaciones es la libertad, sólo limitable en los términos que se derivan de la Constitución y Tratados Internacionales que la sirven de interpretación, siendo la registración un simple elemento de publicidad que no puede implicar una calificación *de fondo* por parte del funcionario administrativo, ya que este tipo de valoraciones han quedado reservadas a los Jueces. La vigencia de la Ley de Asociaciones del 64 se reduce a facilitar el cauce formal a efectos de registro; nada más.

III. EL TEMA DEL CARÁCTER SECRETO DE LAS ASOCIACIONES DE MASONES

1. El tópico como ejemplo

Al prohibir la Constitución las asociaciones secretas (apartado quinto del art. 22 de la Constitución española), surge de inmediato para el lector el tópico: la Masonería. Incluso comentaristas recogen el ejemplo. Así

se puede leer en la edición del Centro de Estudios Constitucionales (7) lo siguiente:

- «¿Cae la Masonería dentro de la prohibición del párrafo quinto de este artículo?
- Si las sociedades masónicas cumplen con el requisito del párrafo tercero indicando su sede, programas y dirigentes, ¿no las alcanzaría tal prohibición?»

Así, también por ejemplo, O. ALZAGA (8) dirá que:

«Bueno será no perder de vista que la desconfianza hacia las asociaciones secretas es tradicional en nuestro Derecho, y probablemente proviene en buena medida de la importancia que muchas de ellas alcanzaran durante el reinado de Fernando VII. En otros países con tradición democrática se ha flexibilizado, en los últimos decenios, el trato dado a la Masonería y sociedades análogas, y, en definitiva, sus posibilidades de legalización en España estarán en función del desarrollo legislativo que reciba este precepto y que, por supuesto, es un dato que, hoy por hoy, desconocemos.»

Las últimas palabras (recogidas del Diputado) ponen de manifiesto una duda que ha venido asaltándome a lo largo de estas líneas. Se trata simplemente de preguntar qué hubiera ocurrido si se hubiera esperado al desarrollo constitucional en esta materia. Con independencia de cualquier pronóstico legislativo, lo que sí resulta claro es que hoy se ha legalizado a la Masonería, y que el futuro desarrollo constitucional, según aludíamos antes, podría introducir limitaciones en el ejercicio respetando el contenido esencial del derecho, y no sería inconstitucional desarrollar el concepto que late en el calificativo *secretas*, y aunque lo fuera, tal desarrollo supondría una cobertura en la actuación de la Administración en virtud de una legalidad que sólo el Tribunal Constitucional puede dismantelar (9).

2. Interpretación actual del término asociaciones secretas

En la misma línea apuntada por P. LUCAS VERDÚ, sostiene el Tribunal Supremo una interpretación que puede resumirse en pocas palabras: *no puede denegarse la inscripción de una asociación, aunque lo sea de masones, si se presentan los documentos necesarios para dicha inscripción.*

Recojo en este sentido el cuarto considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo del «Gran Oriente» (Jiménez):

«No se ha acreditado el secreto de la asociación citada, cual claramente se infiere del escrito formulado en primera instan-

(7) Madrid, 1979. P. LUCAS VERDÚ, 71.

(8) Madrid, 1978, 233.

(9) Véase nota 6.

cia por el Ministerio Fiscal, ya que todas cuantas alegaciones se han efectuado al respecto carecen de fundamento, al menos entre tanto no se acredite la existencia de unos fines o medios, personas y materiales distintos de los concretados en los estatutos aportados finalmente en 10 de julio de 1978, cuya realidad se tratará de ocultar deliberadamente, evitando de ese modo la publicidad del Registro de Asociaciones, básica a los efectos del ejercicio de este derecho fundamental de los ciudadanos.»

Más claros son los considerandos quinto y séptimo de la Sentencia del Tribunal Supremo del «Grande Oriente», que, asumidos como propias de la Sentencia apelada, dicen:

«Que el Director General de Política Interior denegó la inscripción solicitada por los promotores de la asociación 'Grande Oriente Español Unido', por estimar que se trata de una sociedad secreta, que incide en la prohibición del artículo 22, 5, de la Constitución, calificación y pronunciamiento que se fundan: 1) En las diferencias existentes entre el número de artículos contenido en los estatutos de fecha 12 de diciembre de 1978 y el que se recoge en el documento presentado por los promotores el 24 de julio de 1978, titulado 'Conclusiones finales a las que llegó la Gran Asamblea de Maestros Masones del «Grande Oriente Español» (en exilio)', según el cual, dicha 'Gran Asamblea Extraordinaria fue convocada urgentemente... de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 681, párrafo segundo, de nuestros estatutos y reglamentos generales y constituida en Tribunal Supremo de Justicia'; 2) En la falta de claridad con que los estatutos determinan los fines, derechos y deberes de los miembros, y el régimen y funcionamiento general; 3) En el desconocimiento de las personas que integran los órganos directivos, afirmación que se apoya en la imposibilidad de que los tres promotores, dado su reducido número, pueden poner en funcionamiento la estructura mínima prevista en los estatutos, y 4) En la indeterminación de la naturaleza de las actividades, ritos y costumbres que van a ser observadas para conseguir el cumplimiento de los fines.»

«Que el acto combatido es también contrario a Derecho, porque deduce el carácter secreto de la asociación de presupuestos de hecho que (juzgando a partir que la única documentación que cabe tener en cuenta en el momento en que nos encontramos, es decir, el acta fundacional de 8 de octubre de 1978 y los estatutos de 12 de diciembre siguiente) no permiten llegar a tal conclusión, porque la publicidad exigida por la Constitución —excluyente de carácter secreto— es la que se obtiene mediante la presentación de aquellos documentos con el contenido del artículo tercero de la Ley 191/1964, lo que constituye un mínimo que en nuestro caso ha de darse por cumplido, sin que a ello se oponga la existencia en el expediente de las denominadas 'Conclusiones finales' a que antes nos referíamos, pues el artículo de los estatutos a que en ella se alude corresponde a los de

un órgano ajeno a la estructura de la asociación objeto de esta litis, sin que exista motivo para presumir el sometimiento funcional de esta última a unos estatutos distintos de los que presentó a efectos de su inscripción; por otra parte, ninguna norma exige precisar con todo detalle la clase y alcance de las actividades programadas o de los medios que vayan a utilizarse en el cumplimiento de los fines asociativos, dependientes de la voluntad mayoritaria de los miembros y de las coyunturales circunstancias de cada momento, ni tampoco determinar con igual precisión los aspectos rituales de su funcionamiento interno o las costumbres que vayan a ser respetadas por los afiliados; finalmente, es razonable presumir que la organización de la asociación, una vez que pueda comenzar su funcionamiento, quedará cubierta con los socios que se vayan incorporando, a partir de cuyo momento serán atendidos los órganos estatutarios por la persona que acceda a los mismos y que en esta fecha no es posible identificar, por depender de los acuerdos que en su día se adopten, por lo que carece de sentido invocar ahora la indeterminación de los titulares de los órganos directivos como fundamento del secreto, pues en la fase actual sólo es exigible la perfecta identificación de los promotores, requisito satisfecho.»

Por su parte, el Tribunal Supremo, en considerando propio, remacha:

«...no puede admitirse la calificación de 'secreta' que la Administración apelante atribuye a la referida asociación, pues tal cualidad no puede predicarse de una asociación que, al margen de tiempos pasados o supuestas actuaciones futuras intrascendentes a los efectos de su registración, exterioriza de forma bien explícita su vocación de publicidad y, en orden a su efectiva consecuencia, aporta todos los documentos y datos necesarios para hacer público, a través de la inscripción que pretende, su organización, funcionamiento, actividades, medios y fines, realizando así toda la actividad que le es factible en cumplimiento de la obligación que 'a los solos efectos de publicidad' le impone el número tercero del citado artículo 22 de la Constitución, y, en fuerza a todo ello, se impone la confirmación de la sentencia apelada, la cual razona la disconformidad jurídica del acto administrativo con una argumentación tan correcta y exhaustiva que, en evitación de inútiles reiteraciones, hace innecesarias más consideraciones para fundamentar la desestimación de esta apelación.»

LIBROS

DÍEZ-PICAZO, LUIS: *La representación en el Derecho privado*. Editorial «Civitas», Madrid, 1979.

En la bibliografía de la *Ciencia del Derecho* surge de tiempo en tiempo alguna monografía fundamental, que une a su interés dogmático y a su aplicación práctica la cualidad excepcional de envolver al lector o al estudiante en una atmósfera de intensa juridicidad; podríamos citar entre este tipo de monografías, con ánimo puramente enunciativo, por ejemplo, *La interpretación de los negocios jurídicos*, de DANZ; *La simulación en los negocios jurídicos*, de FERRARA; *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, de ROLF SHERICK; *Legitimación y apariencia jurídica*, de LADARIA CALDENTY; *La doctrina de los actos propios y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, de LUIS DÍEZ-PICAZO, y por no hacer más larga la lista, citaremos en último lugar, *Base del negocio y cumplimiento del contrato*, de KARL LARENZ.

A este tipo de monografías, ampliamente formativas y que una vez asimiladas por el lector y el estudioso forman parte del acervo cultural y jurídico de un hombre de leyes y moldean su modo de contemplar la vida jurídica entendiendo el Derecho como un sistema de pensamiento problemático, pertenece la obra de LUIS DÍEZ-PICAZO, que va a ser objeto de los comentarios que siguen. Por cierto, que recientemente aparecido el tomo de los *Fundamentos de Derecho civil*, de PUIG BRUTAU, dedicado a la parte general del Derecho, hemos observado que en la bibliografía acerca de la representación no aparece la obra que comentamos, aunque sí aparecen citados artículos de LUIS DÍEZ-PICAZO publicados con anterioridad a esta monografía y que en cierto modo trataban parcialmente del tema y han resultado ser unos acopios previos de material para el nacimiento de la obra que va a ser objeto de los comentarios que siguen, obra cuya lectura, estudio crítico y asimilación considero muy importantes para un jurista, cualquiera que sea la parcela de su actividad.

El tema de la representación es un tema central en la dogmática y en la práctica del Derecho. La posibilidad de que una persona pueda ampliar los límites de su actividad jurídica y económica más allá de donde llegan sus posibilidades físicas o mentales, es un tema que ha preocupado siempre a la ciencia del Derecho y es un tema que actualmente se puede considerar encuadrado, según una sistemática alemana, en lo que se ha dado en llamar la parte general del Derecho civil, y que entronca en dirección hacia lo general, con la capacidad de obrar y con la capacidad jurídica, y marchando hacia lo especial, con el concepto de legitimación, que si bien ha sido traído al Derecho civil procedente del Derecho procesal, hoy en día puede considerarse completamente arraigado en el terreno del Derecho civil, en cuanto que, en terminología de LADARIA CALDENTY, determina la

posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto o negocio determinado que afecte a la esfera jurídica ajena respetando la titularidad ajena, en virtud de una representación legal o voluntaria.

Quisiéramos señalar una característica metodológica de LUIS DÍEZ-PRICAZO y que influye mucho en el alto valor que tienen sus obras, que consiste en que LUIS DÍEZ-PRICAZO tiene la audacia de hacer saltar los corsés que poco a poco han ido estrujando una institución y después de hacer una historia de la problemática hasta el momento actual de la ciencia jurídica, no acepta las soluciones que se consideraban válidas y casi inamovibles, y se plantea el problema desde el principio, llegando a soluciones comprensibles que desentrañan problemas que permanecían oscuros hasta el momento en que LUIS DÍEZ-PRICAZO les da una explicación nueva, pero comprensible. Así hizo con el concepto de causa, cuando desdeñó todos los precedentes y aclaró, a mi juicio muy certeramente, que no hay un concepto unitario de causa, sino que hay una causa de la atribución, una causa de la obligación y otra causa del contrato. Y también hizo lo mismo cuando esclareció que tampoco se puede dar un concepto demasiado unitario del asiento de anotación preventiva, ya que la anotación preventiva es un concepto que encierra, al menos, dos tipos de asiento, es decir, un asiento de preinscripción y un asiento que advierte una posible contradicción del Registro. Esta misma metodología la utiliza en la obra que vamos a comentar para esclarecer puntos oscuros, como es cuando revisa con un concepto moderno las bases dogmáticas tradicionales de una teoría de la representación, dejando clara la distinción entre mandato y poder, por ejemplo, y en otros lugares de la obra, que ya iremos señalando al comentarla.

Conviene, pues, que empecemos ya a dar un repaso pormenorizado al contenido de la obra que comentamos para que el lector pueda hacerse una idea de su contenido y de su valor. El capítulo primero está dedicado a algunas consideraciones generales sobre la figura de la representación, y se divide en tres apartados, a saber: el primero, en el que se estudian las bases históricas y dogmáticas de la figura de la representación; el segundo, en que se estudian problemas previos al concepto de la representación, y el tercero, en que se estudian las notas diferenciales de esta figura. En el primer apartado muestra la institución de la representación (entendemos el concepto de institución jurídica, en el sentido de FEDERICO DE CASTRO, como un conjunto de normas que regula las relaciones jurídicas de una clase determinada), como un instrumento que da una respuesta del orden jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los bienes e intereses ajenos y como un instrumento que sirve para impulsar la dinámica de la vida social, estudiando la evolución histórica de este instituto, en primer lugar, en el Derecho romano, y su gestación mediante la regla general de la representación indirecta, y las tres excepciones más notables a esta regla general que eran las adquisiciones hechas por los siervos y por los hijos, que incidían directamente en la esfera jurídica del padre de familia, así como el caso de la *actio institoria* y *actio exercitoria* y en el supuesto de la adquisición de la posesión. Continúa estudiando la representación en el Derecho intermedio y en el Derecho canónico y la reelaboración doctrinal de esta figura en el siglo XIX, sobre todo en la ciencia jurídica alemana. Estudia separadamente lo que considera los pilares básicos de la doctrina de la representación, que son su

incardinación en la teoría general del negocio jurídico; la actuación en nombre ajeno, como elemento del fenómeno representativo, y el llamado dogma de la irrelevancia del interés gestionado por el representante. Hace un estudio muy claro de la distinción histórica entre mandato y poder y, por último, termina este apartado con su más puro estilo metodológico haciendo una revisión moderna de las bases dogmáticas tradicionales en una teoría de la representación.

El segundo apartado de este primer capítulo está dedicado a esclarecer problemas que parecen previos al concepto de la representación, y que son saber si la representación indirecta es una forma de representación o una institución radicalmente distinta; también saber si la representación legal y voluntaria es una sola institución o dos instituciones diferentes; esclarecer qué es *procuratio in rem suam* y la representación en interés de un tercero, haciendo un estudio detallado de la figura del simple nuncio o mensajero.

El tercer apartado de este primer capítulo está destinado a estudiar las notas diferenciales del concepto de representación, utilizando para su estudio y a modo de premisas las conclusiones a que había llegado en el apartado precedente. Para esclarecer las notas diferenciales del concepto de representación analiza la idea de la actuación en nombre de otros, especialmente distinguiendo entre representación y utilización del nombre ajeno, qué es representación y heteroeficacia de los actos jurídicos, qué es la idea de sustitución en la actividad jurídica, analizando el concepto de legitimación, materia en la que, por supuesto, no puede prescindir de la más clara aportación española a este estudio, que es la realizada por LADARIA CALDENTY. Asimismo analiza la idea de cooperación al acto jurídico de otro y la idea de gestión, y también el problema de la relación entre gestión y representación, llegando a ciertas conclusiones, con las que termina el capítulo, y que no exponemos aquí porque el objeto de este comentario es analizar el libro, pero no hacer un resumen del mismo que excuse su lectura.

El capítulo segundo de la obra, titulado «La relación representativa», se divide en cuatro apartados, el primero de los cuales trata de la relación representativa y la relación originante de la representación, donde se hace una revisión de la distinción entre mandato y representación.

En el segundo apartado estudia el aspecto subjetivo de la relación representativa, haciendo un estudio pormenorizado de las tres figuras que configuran la relación trilateral del instituto de la representación. Estudia la figura del principal o dueño del negocio y los presupuestos subjetivos de idoneidad, donde se analiza la fundamental cuestión de la capacidad de obrar del representado y se hace un estudio interesante de la representación de una persona jurídica examinando la teoría de la representación orgánica de ésta. Luego estudia la figura del representante y sus condiciones de aptitud y capacidad. Es sabido cuánto se ha discutido en la doctrina el problema de con referencia a quién debe contemplarse la cuestión de la capacidad de obrar, de los vicios de la voluntad, etc., examinando la figura del representante menor de edad (emancipado o no), de la mujer casada, de los representantes en situación de concurso o quiebra, de la representación otorgada a personas jurídicas y el tema de la pluralidad de representantes.

El tercer apartado estudia el objeto de la relación representativa y el

ámbito en que ésta puede actuar según se trate de actos o negocios jurídicos, y en el caso de este último, que se trate de negocios de carácter patrimonial o negocios jurídicos familiares, así como de la representación en el ejercicio de los derechos de la personalidad y la representación en declaraciones no de voluntad, sino de verdad, es decir, en la confesión judicial y extrajudicial, así como también la relación que tiene la representación con los comportamientos vinculantes, es decir, la relación entre la doctrina de actos propios y la representación.

El cuarto apartado de este capítulo estudia el contenido de la relación representativa, que tiene como fundamento y base la consideración de la persona y la confianza que debe existir entre representante y representado. Hace un estudio de los deberes y obligaciones básicos del representante, y un estudio de los deberes básicos del representado. Es, a nuestro juicio, muy importante el estudio que hace del artículo 1.459, párrafo 2.º, del Código Civil, que prohíbe a los mandatarios comprar por sí o por persona intermedia los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados, para concluir los casos en que puede ser válida la actuación del representante, en contradicción con el artículo 1.459, párrafo 2.º, del Código Civil, y que es una figura muy discutida en la doctrina, aceptada con carácter restrictivo, pero que puede ser muy útil en el terreno práctico, como a veces se demuestra en los despachos notariales que tienen que dar solución positiva a esta cuestión.

El capítulo tercero de la obra se titula «El poder de representación», y con su amplísimo contenido de 15 apartados es quizá el capítulo central y más importante de la obra que estamos comentando. El primer apartado, que reitera el título de «El poder de representación, estudia el concepto y significación jurídica del mismo, ya que es un concepto equívoco que tiene, al menos, tres significados: la situación en que se encuentra el representante para actuar legítimamente en la esfera jurídica ajena, el acto o negocio jurídico por el cual el representado confiere al representante la situación jurídica de representación y, por último, el más conocido y vulgar, como documento en el cual consta la atribución de la representación y que a veces se independiza frente a terceros de buena fe como un título habilitante y abstracto en que no es decisivo que la situación de representación subsista, lo respalde o apoye. Sigue estudiando el poder de representación como una de las situaciones jurídicas activas, que se aproxima en algunos aspectos al concepto de capacidad de obrar, o también como un derecho subjetivo, pero más bien es un puro mecanismo instrumental de cooperación intersocial, en el cual el representante actúa siempre por cuenta y en interés del representado, si bien en este caso queda excluida la figura del *procurator in rem suam*. Analiza los conceptos también de autorización y de legitimación.

En el segundo apartado estudia la fuente de creación de los poderes de representación, que pueden reducirse a tres: los poderes de representación que se crean en virtud de un negocio jurídico, los poderes de representación creados por la ley y los poderes atribuidos en virtud de una decisión o resolución judicial.

El tercer apartado de este capítulo estudia el negocio jurídico de apoderamiento en sí mismo considerado, es decir, su concepto, su naturaleza jurídica, su carácter unilateral y recepticio, con el problema de deslindar quién es el destinatario de la declaración unilateral de apoderamiento, si

el representante o los terceros con quienes éste va a negociar, aunque LUIS DÍEZ-PICAZO llega a la conclusión de que el carácter recepticio no es condición de la existencia del poder, sino simple condición de su eficacia.

El cuarto apartado estudia el fundamento y la causa del negocio de apoderamiento, en el que es objeto de estudio el problema importantísimo de la cuestión de la independencia del poder de representación y el dogma de la abstracción negocial del apoderamiento, materia en la que hay que distinguir dos cuestiones: la independencia conceptual del poder, es decir, su separación respecto de las relaciones jurídicas previas o subyacentes y la abstracción negocial del poder. Este análisis se realiza en profundidad, enlazándolo con el problema de las relaciones con los terceros y la cuestión de si éstos son de buena o de mala fe.

El apartado quinto estudia los sujetos del negocio de apoderamiento, es decir, la pluralidad o unidad de sujetos que conceden el poder, los diferentes grados de capacidad y legitimación para apoderar y los efectos que sobre el poder mismo o los negocios subsecuentes produce un defecto en la capacidad del poderdante.

El apartado sexto está destinado a estudiar la forma del apoderamiento, tema muy delicado, porque si bien es cierto que en Derecho español, desde el Ordenamiento de Alcalá, rige el principio de libertad de contratación, no cabe duda de que cuando surge una relación trilateral en la vida jurídica hay que tener en cuenta la posibilidad de la existencia de terceros, y estos terceros deben ser protegidos para salvaguardar el principio de la seguridad del tráfico jurídico. Se ha dicho que la estática del Derecho subjetivo exige que nadie pueda ser privado de un derecho sin su consentimiento, pero la dinámica del Derecho subjetivo exige que nadie pueda ser privado de un derecho que ha adquirido de buena fe y a título oneroso por causas que no conoció o no pudo con una diligencia prudente conocer al tiempo de adquirirlo. En este apartado estudia el autor las diferentes clases de poderes, los documentos a que se incorporan y la posible inscripción de los mismos, tratando de esclarecer el significado de la frase «perjuicio de tercero», a que se refiere el inciso final del apartado quinto del artículo 1.280 del Código Civil. Al hablar del poder para contraer matrimonio no hace referencia al poder para contraer matrimonio canónico, que según el Código de Derecho Canónico exige la concurrencia de dos testigos, dudando la doctrina si el Notario es o puede considerarse un testigo o es simplemente un fedatario.

El apartado séptimo de este capítulo tercero está dedicado al estudio del apoderamiento tácito o derivado de hechos concluyentes, admitiendo el autor la viabilidad de la figura en base del artículo 1.710 del Código Civil, que admite el mandato tácito (en realidad en el estudio de la representación y del poder, sobre todo en los de origen voluntario, la falta de una regulación específica en el Código Civil en estas materias obliga a una referencia constante a las normas del contrato de mandato, si bien la doctrina entiende que estas normas algunas veces se refieren específicamente a un poder y no a un mandato, como veremos más tarde al hablar de la extinción del poder y del mandato). Partiendo, pues, de la admisibilidad de esta figura, y siguiendo a LUIGI MOSCO, estudia las tres posiciones doctrinales en que puede basarse la viabilidad del apoderamiento tácito y que son, en primer lugar, la que lo considera como un negocio jurídico realizado mediante actos concluyentes; en segundo lugar, la que reconduce la

figura a la teoría del acto ilícito y de la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, y, por último, la que lo considera como un caso particular de protección de la confianza en la apariencia jurídica. Quizá, pienso yo, la tipicidad y extensión legal de los poderes mercantiles respecto a terceros pueda considerarse como una extensión tácita de un poder de contenido más concreto, pero que ha de entenderse que tiene un alcance predeterminado en aras de la seguridad del tráfico que protege a los terceros que contratan de buena fe, y que la misma seguridad del tráfico exige que no deban investigar en cada caso cuál es la extensión del poder. En esta misma área problemática estudia también el apoderamiento en blanco, la distinción entre apoderamiento tácito y apoderamiento presunto y, por último, el tema de la prueba de la existencia del poder de representación.

El apartado octavo de este capítulo tercero está destinado a estudiar la voluntad negocial en el apoderamiento, lo que sugiere la contemplación de las siguientes cuestiones: los vicios de la voluntad en el negocio de la concesión de poder, materia en la que hay que deslindar las consecuencias de los vicios sobre el propio negocio de concesión de poder o sobre el negocio celebrado por el representante sirviéndose del poder viciosamente concedido. En este mismo apartado hace un amplio estudio relacionando el tema de la simulación con el tema del apoderamiento y todas las cuestiones que surgen al relacionar las dos figuras.

El apartado noveno se refiere al contenido del poder de representación, tema que se reconduce a saber cuáles son las facultades del apoderado en virtud del poder que le ha sido concedido, y estudia los llamados poderes generales y poderes especiales, los poderes concebidos en términos generales y el concepto de actos de administración (hay que distinguir muy claramente entre lo que es un acto de administración y un acto de disposición, y un negocio obligatorio y un negocio dispositivo: actos de administración son los que no comprometen definitivamente el patrimonio del titular, y actos de disposición son los que lo comprometen definitivamente; negocios de obligación son los que preparan y fundamentan una traslación patrimonial, y negocios de disposición los que la producen inmediatamente. Así, la venta de frutos es un negocio de disposición que no pasa de ser un acto de administración), y todo ello sirve para estudiar el artículo 1.713 del Código Civil, respecto a lo que son actos de riguroso dominio, y también en este apartado se estudian muy ampliamente de nuevo la predeterminación legal del contenido del poder y los poderes legalmente tipificados del Derecho mercantil, y el concepto de «giro y tráfico» de la empresa, como ámbito y como límite de los poderes mercantiles. Hay una referencia al llamado bastanteo y a los criterios de interpretación de los poderes.

El apartado siguiente o décimo se destina a estudiar los límites del poder de representación, estudiando el dualismo de lo que se considera como relación externa o frente a terceros, que son los verdaderos límites del poder de representación, y la relación interna, es decir, entre poderdante y apoderado, cuyos límites quizá se puedan encontrar en el concepto de instrucciones del poderdante al apoderado.

El apartado undécimo trata del ejercicio del poder de representación y que puede referirse a actos de ejercicio de derechos subjetivos, a actos de cumplimiento de obligaciones, a actos de emisión de declaraciones de voluntad constitutivas de negocios jurídicos y a actos de emisión de decla-

raciones de voluntad o la adopción de un comportamiento positivo o negativo que deban ser consideradas como actos de naturaleza no negocial. También se estudia aquí el carácter personalísimo o *in tuitu personae* del ejercicio del poder de representación y si a pesar de ello es posible la sustitución en la representación, materia en la que recoge la normativa en el Código Civil respecto del mandato, y se adentra entre los conceptos de sustitución del poder y subapoderamiento, recogiendo, por último, el ámbito de admisibilidad de la sustitución.

El apartado duodécimo, muy breve, está destinado al estudio del ejercicio anormal del poder de representación, como ejercicio extralimitado de la representación o abuso del poder de representación.

El apartado trece de este capítulo estudia bastante a fondo la figura del contrato del representante consigo mismo, contemplando su finalidad económico-social, los supuestos típicos, su naturaleza jurídica, su posibilidad, el tema de si es un negocio bilateral o unilateral el que celebra el representante consigo mismo; da un repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, de lo que deduce cuáles son los supuestos de validez de la contratación y los requisitos de voluntad del representado o dueño del negocio.

El apartado catorce está destinado a estudiar la figura del representante sin poder y del falso procurador. Se hace un estudio de la distinción entre falso procurador y lo que es la *negotiorum susceptio* (éste es el caso en que el falso procurador actúa declarando abiertamente que no tiene facultades o poderes del dueño del negocio). Analiza la naturaleza y situación y las teorías respecto del negocio realizado por el falso procurador. Observamos en este apartado que el profesor Díez-PICAZO no incluye en la bibliografía la tesis doctoral de ANTONIO GORDILLO titulada *La representación aparente (una forma de protección a la apariencia jurídica)*, publicada por la Universidad de Sevilla en 1978. Quizá la publicación de esta tesis no alcanzó a la preparación de la obra que comentamos, pero creemos que es una aportación interesante al tema de la representación y que deberá ser tenida en cuenta en los estudios referentes a este instituto que se hagan de ahora en adelante.

El apartado quince y último de este capítulo está destinado a estudiar la figura de la ratificación, que juega en torno a la afirmación de que *ratihabitio mandatum comparatur*, extendiéndose también a los problemas de la figura del gestor de la sociedad anónima antes de su inscripción y estudiando todo cuanto se refiere a la ratificación considerándola, como si dijéramos, un poder *a posteriori*.

Este capítulo tercero justificaría por sí mismo la publicación del libro que estamos comentando, por su gran extensión y profundidad; pero la obra continúa y nosotros seguimos comentándola.

El capítulo cuarto consta de cinco apartados, en el primero de los cuales estudia las formas básicas de la actividad representativa, estudiando en primer lugar la distinción que existe entre que el representante obre en nombre del representado u obre en nombre propio, es decir, la llamada representación directa o indirecta, planteando el problema de cuál es la piedra angular de la distinción, que, al parecer, se basa en que en la representación directa hay una clara y aparente *contemplatio domini*, y en la indirecta no la hay, al menos, aparente. En la directa, además, hay una clara voluntad de exclusión de los efectos jurídicos del acto en la esfera

jurídica del autor del mismo. Estudia a continuación cuáles son los presupuestos que determinan la elección de la forma del actuar representativo, es decir, los presupuestos en base de los que se rige la actuación mediante una representación directa o una representación indirecta. También estudia la *contemplatio domini* tácita o deducida de hechos concluyentes, y el matiz de la *contemplatio domini ex rebus* cuando la naturaleza ostensiblemente ajena del bien o del negocio muestra el carácter que tiene la representación. Sigue estudiando la figura de la actuación notoriamente representativa combinada con la falta de identificación del dueño del negocio, distinguiendo tres supuestos: Un principal del negocio plenamente designado. Otro caso en que el tercero sabe que existe el principal, pero desconoce su identidad. Y, por último, el caso en que para el tercero permanece incluso desconocida la existencia del principal.

El apartado segundo de este capítulo, no muy importante, trata de la gestión administrativa y sus modalidades, enumerando de un modo no taxativo la clase de actos o negocios a que se puede extender la gestión del representante.

El apartado tercero de este capítulo trata de la voluntad del representante y del representado en el negocio representativo, que trata de aclarar cuál es el personaje en el que se centra el mecanismo de la representación, estudiando las respuestas doctrinales a esta pregunta, que son la teoría de la ficción, la teoría de la representación y la teoría de la cooperación. Sigue estudiando las cualidades personales del representante y del representado, con amplia referencia a los estados subjetivos exigidos para la plena eficacia del negocio y para la regularidad de la situación creada por la gestión representativa, y concretamente aborda el problema de la buena fe en relación con la figura del representante y del representado y los problemas que originan los vicios de la voluntad en relación con las personas de ambos sujetos de la gestión representativa, problema que ya se había estudiado anteriormente en la obra, pero no de un modo decisivo, como hasta ahora.

El apartado cuarto trata del problema de las relaciones entre poder de representación y negocio representativo, concretamente de la dependencia o independencia del poder respecto del negocio representativo y del apoderamiento como presupuesto de su eficacia, con referencia a la posibilidad de integrar el apoderamiento y el negocio de gestión como un único negocio complejo de formación subjetiva.

El apartado quinto y último de este capítulo es muy amplio porque si como procediera metodológicamente de un modo cíclico, es decir, en círculos cada vez más amplios, estudia los efectos jurídicos de la gestión representativa, su eficacia directa o indirecta, cómo actúan una y otra, analiza el concepto oscuro de «cosas propias del mandante», del artículo 1.717 del Código Civil, así como el mandato indirecto para enajenar, el problema del mandatario que compra o adquiere en su propio nombre, la inserción de un mandatario en el tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y figuras que se relacionan con la representación, como pueden ser la fiducia en la representación, el problema de la representación indirecta y la quiebra del representante, etc.

El capítulo quinto de la obra se destina al estudio de la representación legal, con un solo apartado. Este capítulo me produce una impresión ambivalente. Por una parte, me parece flojo por su escasa extensión y la escasa

profundidad con que trata las numerosas cuestiones que se suscitan en torno a las diferentes formas de representación legal que se consideran admitidas por el Derecho positivo español, y tampoco está estudiado profundamente el problema de la naturaleza jurídica de la representación legal, como cuestión central en esta materia; pero, por otra parte, pienso si la configuración de este capítulo no habrá obedecido a la voluntad deliberada del profesor Díez-PICAZO de no entrar en excesivos pormenores en una monografía que tiene por objeto el estudio global de la figura de la representación.

El capítulo sexto y último de la obra trata de la modificación y de la extinción de la relación representativa, y se divide en cinco apartados. El primero de ellos trata de la modificación de la representación, estudiando los supuestos posibles de modificación de la relación representativa, tanto en su fase de ampliación como en su fase de reducción de las facultades del representante, o de la actuación de los representantes, que puede pasar de una forma mancomunada a una forma solidaria y viceversa.

El apartado segundo trata de la extinción de la representación, estudiando los diferentes supuestos de extinción del mandato, excepto la revocación, que se estudia en el apartado siguiente. Así, pues, en este apartado se estudia sólo la extinción de la representación por muerte del representante o del representado, y por la interdicción, quiebra o insolvencia de uno u otro.

El apartado tercero trata de la revocación de la representación, estudiando en las vertientes de la revocación del mandato y la revocación del poder, el fundamento jurídico de la revocabilidad, la naturaleza jurídica del acto de revocación, en alguna manera paralelo a la revocación de una transmisión patrimonial entendida como un cambio en la voluntad del transmitente en virtud de una facultad reconocida por la ley; estudiando también la forma de la revocación en relación con la forma en que se concedió el apoderamiento y la publicidad de esta revocación. En toda esta área de problemas no se recoge la distinción doctrinal referida al artículo 1.734 del Código Civil, que considera que se trata más que de un caso de extinción del mandato, de un caso de extinción del poder, y la opinión acerca del artículo 1.738, en que la doctrina considera que es un caso claro en que termina el mandato y subsiste el poder.

El apartado cuarto trata de la discutidísima figura del poder irrevocable, estudiando el tema de su admisibilidad y los efectos de la irrevocabilidad, tratando de saber si estos efectos son absolutos, reales y contra todos, o son efectos puramente relativos, obligacionales o actuantes solamente entre representante y representado. Actualmente, en la práctica notarial se observa la concesión de poderes irrevocables con objeto de encubrir una transmisión de propiedad cuando el adquirente se propone, a su vez, transmitir el bien adquirido y con el efecto de eludir los gastos de la transmisión intermedia. Así, por ejemplo, A vende a B, pero en vez de otorgarle escritura pública de compraventa con los gastos consiguientes, cobra el precio y concede a B un poder irrevocable manifestando que obedece a intereses distintos del mandato, y autorizando a B a obtener cuantas copias crea necesario. A su vez, B vende a C, en todo o en parte (a veces hay una parcelación ilegal), y vende escriturando en nombre de A, como su apoderado, de modo que la modificación jurídica inmobiliaria

afecte solamente a las esferas jurídicas de A y de C. Quizá en este caso podría hablarse de un fraude de ley.

El apartado último de este último capítulo trata de la renuncia del representante (a pesar de que por una garrafal errata de imprenta se titula la renuncia del representado). Estudia la aplicación de la renuncia a la idea de la representación, sus límites y requisitos, con referencia fundamental a la normativa del mandato.

El juicio general que merece el libro que ha sido objeto de las líneas precedentes es, en general, un juicio muy favorable. Es una monografía sobre un tema central de la Parte General del Derecho, que sin entrar en detalles muy pormenorizados da una idea cabal y completa del conjunto del instituto, con valor de libro formativo y fuente de reflexión y también de consulta para casos concretos de la vida práctica. El estilo excelente y la claridad de exposición del profesor Díez-PICAZO hacen que la obra sea de una lectura fácil, y su presentación, encuadernado en tela, y su escasa extensión, 322 páginas, le dan unas cualidades que se podrían llamar «organolépticamente» atrayentes. Creo que a partir de cierta cota, no demasiado alta, de nivel de un jurista, es una obra de lectura necesaria y de adquisición aconsejable.

VICENTE ESPERT SANZ
Notario
Doctor en Derecho

GIRÓN TENA, JOSÉ: *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, bajo la dirección del profesor don JOSÉ... Presentación del profesor doctor don JOAQUÍN GARRIGUES. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1978, un volumen de 622 págs.

Los estudios, a que luego haremos referencia, que se recogen en este libro son el resultado de la labor desarrollada en un seminario patrocinado y subvencionado por la Sociedad de Estudios y Publicaciones, en su Sección de Derecho Mercantil, que preside el profesor GARRIGUES, y que se ha llevado a cabo por los miembros del Seminario «Joaquín Garrigues», de la Universidad de Madrid, bajo la dirección del profesor GIRÓN TENA.

El contenido de la obra, como su propio título expresa, está distribuido en dos partes diferenciadas. Por razones de exposición invirtamos el orden:

A) *Textos de Derecho europeo de Sociedades Anónimas*.—Han participado en la traducción AGUSTÍN AGUILERA RAMOS, ALBERTO ALONSO UREBA, GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, RAFAEL GARCÍA VILLAYERDE, MARÍA GÓMEZ MENDOZA, JOSÉ D. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN y JAIME ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE. Los textos son los siguientes:

Proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y sus anexos I, II, III y IV.

Primera directriz del Consejo de 9 de marzo de 1968, dirigida a coordinar las normas de los Estados miembros en materia de publicidad, validez

de los actos realizados en nombre de la Sociedad y nulidad de las Sociedades.

Segunda directriz del Consejo de 13 de diciembre de 1976, dirigida a coordinar las normas de los Estados miembros en materia de constitución de la Sociedad Anónima y de estabilidad y modificaciones de su capital.

Propuesta modificada de tercera directriz del Consejo de 4 de enero de 1973, dirigida a coordinar las normas de los Estados miembros en materia de fusión de Sociedades Anónimas.

Propuesta modificada de cuarta directriz del Consejo de 26 de febrero de 1974, dirigida a coordinar las normas de los Estados miembros en materia de cuentas anuales de las Sociedades Anónimas.

Propuesta modificada de quinta directriz del Consejo, dirigida a coordinar las normas de los Estados miembros en materia de estructura de las Sociedades Anónimas y de poderes y obligaciones de sus órganos.

Propuesta de séptima directriz del Consejo de 28 de abril de 1976, dirigida a coordinar las normas de los Estados miembros en materia de cuentas de grupo de Sociedades.

B) *Estudios sobre el proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea*.—Van precedidos estos estudios de una introducción del profesor GIRÓN, en la que se hace referencia al origen y circunstancias de la obra, que se encuadra sistemáticamente dentro de los trazos más amplios del Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, y dentro de éste, en el Derecho de Sociedades. La tónica general de los estudios consiste en seleccionar aquellos puntos de interés por ofrecer una peculiaridad respecto del Derecho comparado o del Derecho español, o por acoger las tendencias más modernas del Derecho de Sociedades Anónimas; asimismo tienen en cuenta los temas que durante la elaboración del proyecto fueron objeto de mayor polémica.

1. El primer estudio se dedica a «la integración económica en la CEE y el acceso a la Sociedad Anónima Europea», y es de JAIME ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE.

En las ideas previas del trabajo se centra el tema en la SAE como instrumento jurídico para la integración económica en la CEE, que permite enfrentar con éxito las dificultades que surgen en la movilidad de Sociedades en el ámbito de la Comunidad y de la concentración de empresas intercomunitaria, así como los problemas fiscales derivados de tales operaciones.

Analiza el autor la polémica sobre quiénes y en qué condición podrían constituir estas Sociedades—la oposición entre quienes estimaban que la estructura de la SAE debiera reservarse para empresas con «vocación europea» y los que consideraban que el acceso debería ser tan libre como lo es la forma anónima en cualquier Derecho nacional con la única exigencia de un capital mínimo—; la solución del proyecto SANDERS; la del informe del grupo de trabajo intergubernativo para la SE presentada al Consejo el 26 de abril de 1967; la de la nota de la Comisión de la CEE en junio de 1967, y la posición de la Comisión, definida en los artículos 2.º, 3.º y 4.º del proyecto de SAE de 1975, sustancialmente análoga a la de la propuesta de Estatuto de 1970.

De los artículos 2.º a 4.º, citados, se desprende, a juicio de ZURITA, que para la Comisión, la SAE tiene como fin principal servir a la concentración

de Sociedades dentro de una escala intercomunitaria siempre que revista cierto nivel económico, finalidad a la que se encuentra subordinada la de facilitar la actuación de las Sociedades en el ámbito comunitario mediante un mejor aprovechamiento de la libertad de establecimiento. El que la SAE sea un medio de concentración de Sociedades se deriva de que sólo puede constituirse por fusión de dos o más Sociedades existentes, por creación de una Sociedad *holding* a la cual traspasan todas sus acciones las Sociedades fundadoras, por creación de una filial común y por creación de una filial única constituida por una SE, y del rechazo de la posibilidad de que se constituya una SE por personas físicas. En cuanto a que se trate de una concentración a escala intercomunitaria, dicha matización aparece en la propuesta de 1970, y en los artículos 2.º y 3.º de la de 1975 se exige concretamente que las Sociedades fundadoras y las personas jurídicas que participen en la constitución de una SE deban ser reconocidas en virtud de la Convención de Bruselas sobre reconocimiento mutuo de Sociedades y personas jurídicas, lo que reduce mucho la posibilidad de penetración de empresas extranjeras en la CEE bajo la forma de SAE.

2. El segundo estudio tiene por objeto «la publicidad legal de la Sociedad Anónima Europea», y se debe a JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ.

Señala el autor en la introducción que, aparte los planteamientos generales aplicables a cualquier tipo de Sociedad, en la SAE se dan aspectos específicos que fundamentan la importancia de la publicidad legal, como son: a) tratarse de una SA con mayor complejidad en su funcionamiento y absoluta incomunicación de responsabilidad entre el patrimonio social y los de los socios; b) la especialidad de su constitución, al producirse, en general, una interrelación entre varias Sociedades, y c) el carácter supranacional de la SE.

Después de examinar los precedentes comunitarios, y en particular la directriz de 9 de marzo de 1968, destina el tercer capítulo de su trabajo a la regulación del tema en el proyecto de Estatuto. En orden a los presupuestos de la inscripción, el Estatuto se pronuncia por lo que en nuestra terminología puede llamarse «principio de legalidad», que se concreta en la necesidad de una documentación especial y el control de la misma previamente a la inscripción. Los procedimientos técnicos están constituidos por el sistema de Registro público y por la inserción de los datos sujetos a publicidad en publicaciones oficiales. Respecto a los efectos materiales de la publicidad, se destacan los efectos positivos y los negativos.

Destaquemos que en este último punto RODRÍGUEZ MARTÍNEZ hace amplia referencia al Derecho español, en el que la eficacia negativa de la publicidad resulta de varios preceptos (art. 26 del Código de Comercio; art. 2.º, párrafo 3, del RRM; arts. 24 y 29 del Código de Comercio), y destaca que existe una notable diferencia entre estos preceptos y los de Derecho comparado europeo y proyecto de Estatuto SAE, pues en ninguno de los preceptos españoles aparece la exigencia de buena fe en el tercero como requisito para que éste sea protegido por la publicidad negativa del Registro. Señala el autor que la doctrina española aparece dividida en cuanto a la exigencia de esa buena fe, y el problema se ha centrado en la interpretación de los artículos 24 y 29 del Código de Comercio; para GIRÓN TENA, el problema de interpretar el artículo 24 no debe tratarse desde el punto de vista negocial, sino registral; para RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, aun centrado el

tema en el aspecto registral de la publicidad negativa, quedan aún por aducir los argumentos en que pueda basarse la exigencia de buena fe para la protección del tercero, y esos argumentos son para el autor: *a)* que tal exigencia está de acuerdo con el fundamento último de los mecanismos de publicidad; *b)* la propia exposición de motivos del Código de Comercio, pues, como ha señalado MENÉNDEZ, las declaraciones del artículo 24 se explican, respecto de los socios, porque conocen, y respecto de terceros, porque ignoran; *c)* en el RRM podemos encontrar también esa interpretación en el párrafo segundo del artículo 3.º, y *d)* seguir brindando protección a través de la publicidad negativa al tercero de mala fe supone brindar protección al fraude y llegar a resultados absurdos.

3. El tercer estudio se destina a «algunos temas en torno al régimen del capital social en el proyecto de Estatuto para una Sociedad Anónima Europea», y es de FRANCISCO GARCÍA VILLAVERDE.

Esta monografía presenta dos partes diferenciadas: una introducción general, primero, y luego, los temas concretos.

La SAE configurada en el proyecto de Estatuto reúne los caracteres típicos de las Sociedades Anónimas de los Derechos nacionales, con particularidades derivadas fundamentalmente de los fines específicos que se pretenden conseguir con la utilización de la misma, por ejemplo, en materia de adquisición por la Sociedad de sus propias acciones.

Un primer tema seleccionado por GARCÍA VILLAVERDE, por reflejar de alguna forma esas peculiaridades, es el del capital mínimo. Hace referencia a la significación de tal principio en la SA, a las diversas técnicas empleadas en Derecho comparado para resolver el problema y al tratamiento de la cuestión en Derecho español, que contrasta claramente con la línea del Derecho comparado. El artículo 4 del proyecto de Estatuto para una Sociedad Anónima Europea supone la adopción del principio de capital mínimo, de tal forma que viene a ser uno de los medios de que se hace uso para evitar que la SAE suponga una posición de concurrencia con las Sociedades reguladas en las legislaciones nacionales.

El segundo tema es el de suscripción y desembolso. Se estudian respecto del primer aspecto los sistemas legislativos desarrollados en Europa: el de la suscripción completa, que identifica capital escriturado social y capital suscrito—predominante—, y el de las legislaciones, que distinguen capital social-capital suscrito; curiosamente, la propuesta de Estatuto SAE no hace manifestación expresa del principio a que se acoge, y para el autor, en el contenido de los preceptos está implícito el primero de los sistemas, pues si se exige el desembolso íntegro del capital social, no se necesita decir, además, que el capital debe suscribirse íntegramente. El desembolso, como la suscripción, puede ser total o parcial; en el Derecho comparado es notable la uniformidad en lo esencial de la línea acogida: en el momento fundacional se establece el desembolso parcial; en el aumento de capital, igual, pero con exigencia de la liberalización total de las acciones suscritas anteriormente a dicho acuerdo; en el proyecto de Estatuto ya se ha señalado que se exige el desembolso íntegro de las acciones suscritas, que es el único tratamiento aplicable a todas las modalidades de fundación.

El tercer tema es la adquisición por la Sociedad de sus propias acciones y está tratado muy extensamente, por lo que resulta difícil trazar aquí una síntesis. Sucesivamente se examina la prohibición a la Sociedad de

adquirir sus propias acciones en forma directa e indirecta, los supuestos de adquisición sobrevenida y las excepciones a la prohibición; luego, el régimen de las acciones propias adquiridas por la Sociedad y las consecuencias de la infracción de la normativa legal.

4. El cuarto estudio se dedica a «algunas cuestiones en materia de acciones y obligaciones en el proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea», y se debe a MARÍA GÓMEZ MENDOZA.

Respecto de las acciones, el primer aspecto abordado por la autora es el de las acciones sin voto, relacionándolo con el fenómeno del absentismo de los accionistas. Después de examinar las soluciones en Derecho comparado y la situación en Derecho español, como se hace en los diversos estudios y temas, se examina la regulación en el proyecto de Estatuto, en el que: *a)* se admiten por un importe nominal total no superior a la mitad del capital; *b)* han de conferir, salvo el de voto, los derechos reconocidos a todo accionista, bien que el de suscripción sólo se referirá a las acciones sin voto; *c)* no se toman en cuenta para el cálculo del *quorum* o de la mayoría, bien que podrán votar en dos casos concretos (los del párrafo 5, artículo 49, y párrafo 2, art. 235); *d)* la acción sin voto no es necesariamente privilegiada respecto al reparto de beneficios o la cuota de liquidación.

El segundo aspecto estudiado en materia de acciones es el de la dicotomía acciones nominativas-acciones al portador. Se hace una referencia general a los problemas fiscales, de política económica y de Derecho de sociedades; señala que los ordenamientos europeos responden a dos sistemas contrapuestos: el de la nominatividad, obligatoria en Italia y generalizada en Inglaterra, y el dual, con un claro predominio, sobre todo en las grandes empresas, de las acciones al portador; plantea la cuestión del alcance del Decreto de 19 de septiembre de 1936 en el Derecho español. En el proyecto de Estatuto de la SAE, el artículo 50, 1, establece la posibilidad de emitir ambas clases de acciones, y dado que el capital de la SAE ha de estar íntegramente desembolsado (art. 40, 2), no recoge la cautela, conocida en todos los ordenamientos, de que las acciones revestirán necesariamente la forma nominativa hasta que estén enteramente liberadas.

Un tercer apartado destina la autora al examen de algunos puntos concretos en materia de obligaciones, destacando que el proyecto de Estatuto sólo contiene ocho artículos al respecto, parca regulación que aspira a que en cada caso prevalezcan las condiciones de emisión y se deje así el mayor grado posible de libertad a la práctica y de flexibilidad para la adaptación al mercado de capitales. Los puntos examinados son el órgano competente para la emisión de obligaciones y los límites y condicionamientos de la emisión.

5. El quinto estudio es «la representación de la Sociedad frente a terceros», y corresponde a GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO.

En la introducción de la monografía destaca el autor que en el artículo 62 del proyecto, primero de los del título IV del Estatuto que se ocupa de los órganos sociales, establece que la gestión de la Sociedad corresponde a un Comité de Dirección, que ejerce sus funciones bajo el control de un Consejo de Vigilancia, con lo que el proyecto ha optado por el sistema de separación rígida de las funciones de gestión y control encomendadas legalmente a órganos distintos, sistema de origen germánico, frente a los sistemas latino-francés y anglosajón de separación flexible, basado, en prin-

cipio, en la atribución de la función administrativa a un solo órgano y en la posible distribución de dichas funciones a través del mecanismo de la delegación, institución que en la práctica ha venido atenuando algunas de las diferencias entre ambos sistemas. Al Comité se le considera revestido de los más amplios poderes para realizar todos los actos que interesan a la Sociedad y que no hayan sido expresamente atribuidos a otros órganos por el Estatuto (art. 64); en el ámbito de la amplia competencia de administración se encuentra la función de representación de la Sociedad frente a terceros.

Señala ESTEBAN que la reciente coordinación del Derecho de Sociedades en la CEE en esta materia, sobre la base de la directiva o directriz del Consejo de 9 de marzo de 1968 y la disciplina del artículo 65 del proyecto de Estatuto, han puesto de manifiesto la compleja serie de aspectos que se entrecruzan en la representación de las Sociedades, y, en concreto, a medida que se ha ido extendiendo en las legislaciones el principio de la inderogabilidad, han cobrado especial importancia los problemas de quienes ostentan y en qué régimen tengan que ejercitar el poder de representación.

No podemos entrar en este lugar en un amplio análisis y exposición de las cuestiones de la monografía, que examina profunda y detalladamente cada aspecto. Indiquemos simplemente que se estudia, en primer lugar, la atribución del poder de representación; después, la extensión y límites del poder de representación, bajo las perspectivas de la configuración legal e inderogable del contenido del poder de representación, el significado del objeto social en relación con el poder de representación y la posibilidad de oponer al tercero la transgresión de los límites de las facultades de los representantes; se pasa luego a la regulación de estas cuestiones en Derecho español y a la consideración de las reformas que habrían de introducirse en él cara a una eventual coordinación con el Derecho europeo comunitario.

6. El último de los estudios tiene por objeto «el régimen de disolución en el proyecto de Estatuto de la SAE», y se debe a AGUSTÍN AGUILERA RAMOS.

El título IX del proyecto de Estatuto para una SE, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo el 13 de mayo de 1975, se divide en tres secciones, en las que se regula, respectivamente, la disolución, la liquidación y la quiebra y procedimientos análogos de la SE.

El artículo 247 del Estatuto inicia el tratamiento de la disolución enumerando las causas legales de la misma. AGUILERA considera lo que denomina el «carácter taxativo de la enumeración», inclinándose por la aceptación de otras causas establecidas en los Estatutos sociales en base al principio de la autonomía de la voluntad, lo que confiere a las del artículo 247 el carácter no de un *numerus clausus*, sino de un número mínimo, e incluso habría de dar entrada a la conclusión del objeto social o la imposibilidad de conseguirlo y a determinados supuestos de hecho que conducen a los mismos resultados: las nulidades. En suma, una vez inscrita la Sociedad, la taxatividad, más que de las causas de disolución, debe predicarse de los supuestos extintivos, uno de los cuales lo constituyen las causas de disolución del artículo 247.

Examina las causas de disolución en particular y la posibilidad de prórroga, las funciones de los liquidadores y los trámites a seguir una vez terminada la liquidación.

Destaquemos algunos extremos. Para AGUILERA, el planteamiento que

distingue entre causas de disolución que operan de pleno derecho y aquellas que lo hacen por decisión de la Junta, se ha visto superado a partir de la doctrina que interpreta los preceptos sobre disolución de la Sociedad del Codice Civile italiano; con la nueva técnica se excluye cualquier distinción entre las causas y se busca un único esquema de efectos para todas ellas; se dice que todas las causas producen sus efectos de pleno derecho sin subordinarlos a la decisión de la Junta General o a la sentencia judicial; las causas son hechos que existen o no antes y sin tomar en consideración la voluntad social; todas las causas en el momento en que se produce el hecho en que consisten dan lugar a los efectos que le son propios: la entrada de la Sociedad en fase de liquidación. En materia de prórroga, y conforme al artículo 260, a), siempre y cuando no haya comenzado el reparto del activo de la SAE y con los requisitos exigidos para la modificación de los Estatutos o, en su caso, los del propio Estatuto de la Sociedad, la Junta General que ha decidido la disolución puede volver sobre su acuerdo y decidir continuar en Sociedad declarando la prórroga al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Dejemos aquí esta recensión, aunque con gusto entraríamos en el desarrollo de las cuestiones planteadas en los diversos estudios. Nos parece que el profesional o el lector interesado puede encontrar en cualquiera de ellos valiosas aportaciones. En este caso, la incorporación a la obra de los textos básicos permite no sólo seguir el contenido de los estudios con mayor facilidad, sino que, independientemente, es un documento de trabajo importante de cara al conocimiento y divulgación del proyecto de Estatuto SAE y de las directrices del Consejo.

JUAN FERNÁNDEZ GUERRERO

Norma e impresa. Il Diritto civile e le trasformazioni del capitalismo.

Recopilación de textos a cargo de FRANCESCO FENGHI. Ed. Feltrinelli, Milano, 1978.

La gran tradición mercantilista de la dogmática italiana, colmada de nombres estelares, como SRAFFA, VIVANTE, ROCCO, MOSSA, ASQUINI, ASCARELLI, FERRARA, BIGIAMI, OPPO y otros cien, ha centrado en estos últimos lustros su atención en el tema de la empresa, poniendo su acento en el elemento organización, por lo que sus problemas se han aproximado a los de la Sociedad Anónima, muy frecuentemente enjuiciada como forma o técnica de estructuración de aquélla.

Las multinacionales, los grupos de sociedades, el Estado-empresario, el fracaso de los intentos de accionariado popular y otros encaminados a variar las proyecciones económica, política y psicológica del proletariado; la falta de interés por parte de los capitalistas para el ejercicio de la capitania empresarial; la cogestión institucional y la contestataria, o sea, la mórbida y vacilante hipótesis de coparticipación direccional obrera y la dura realidad de los consejos de fábrica con frecuentes posturas conflictivas de descarado nivel político, y muchos otros, son fenómenos de entidad su-

ficiente para inducir a la reflexión y aun a la reconsideración no sólo de la crisis de la empresa, sino aun de los mismos sistemas de producción.

En Italia, país al que deben contraerse estas notas, una parte importante de la doctrina se halla imbuida en la sensación de que los valores que han informado la cultura occidental y regulado la vida de nuestras generaciones se hallan en el trance de penetrar en el mundo de los recuerdos; que la situación actual puede calificarse de «desilusionada transición», un espacio fluctuante, acaso de convergencia marxista, pero cuyos ejemplos aplicados, apagadas las llamas que hacían resplandeciente el horizonte revolucionario, se ofrecen como simples realidades infrahumanas enmarcadas en lo dramático. Ni el colectivista de salón ni el productor de base se incorporan al ritmo y la andadura de los modelos vigentes, mientras que es notorio que de no existir barreras, que ni las grandes tiranías de la historia osaron levantar, la emigración a las decrepitas esferas capitalistas sería masiva.

Pero tales consideraciones no eluden la crisis empresarial que evidencian los hechos antes enunciados, que pueden conducir a la ruptura, la devastación, al grado cero que implica el partir de los más elementales niveles. Por ello concienzudos estudios, como el informe Sudreau, delimitan claramente sus objetivos: *reformer l'entreprise c'est pas réformer la société*.

La empresa liberal, construida sobre las bases victoriosas con la Revolución francesa y amparada en nuestros días por el llamado Estado de Derecho, mostró la debilidad de sus estructuras, sobre todo a partir de 1918. Donde la crisis fue más intensa los sistemas políticos se endurecieron y hasta abandonaron la neutralidad ideológica para reinstaurar el constantinismo político-jurídico. La dogmática institucionalista o corporativista señaló para la empresa su finalidad social, su interés público: su objetivo no quedaba concretado a la producción de beneficios; con o sin ellos, los bajeles debían navegar por el Rhin.

En 1946 se produce el desmantelamiento ideológico. Se reputó ilusorio que los productores tuvieran que incorporarse a sus puestos cantando himnos patrióticos o, como en el Japón, empresariales. El vendaval fue profundo y de las construcciones, fundamentalmente germanas, sólo quedó en pie la estructura profundamente jerárquica de la Sociedad por Acciones, que posteriormente adoptan, optativamente, Francia y Holanda y es la pauta sobre la que se elabora el proyecto de Sociedad Anónima Europea.

En Italia se había producido la unificación de los Derechos civil y mercantil con el Código de 1942, *corpus* normativo que más bien ofrecía un corporativismo ornamental que, con simples retoques, quedó eliminado. El período anterior fue considerado como simple eclipse o paréntesis, y para la involución fueron llamados ilustres periclitados o simplemente periclitados con los que se intentó reanudar el interrumpido curso de la historia. Y en el ámbito jurídico, TULLIO ASCARELLI y su escuela, principalmente, reinstauraron la vieja dogmática liberal y el Derecho volvió a su condición meramente formalista. La Constitución, fruto de un consenso, resultó ser una mera floritura verbal, sin rutas concretas, definidas; su efectividad quedó limitada a una partitura para operetas parlamentarias o crisis ministeriales, estructuras estatales adecuadas para períodos de preponderancia de la burguesía liberal.

La peligrosa mezcla de tales elementos—algunos antinaturales—no tarda

en dar sus frutos: el Estado es incapaz de cumplir sus deberes más elementales, ni siquiera su función de «gendarme»; no ofrece ideales o ilusiones, se contrae a un mero institucionalismo técnico en el que la libertad y los grandes principios sólo son rimbombantes declaraciones, pero no una atmósfera en la que puedan desarrollarse la vida y el trabajo pacíficamente. La decadencia empresarial se acentúa, los capitales privados abandonan la industria, la Bolsa se hunde, la moneda se desvaloriza, la autofinanciación se imposibilita y ello no se remedia ni con la financiación pública, las entregas a fondo perdido, los hospitales de empresas ni la asunción estatal de los grandes fracasos, que pasan a ser enormes cargas sociales. Italia se ofrece como «país de frontera» entre dos mundos, en el que se gobierna sin rumbo y con escasas fuerzas para sortear los temporales que provocan incesantemente los más débiles vientos.

Los reflejos de ello en el ámbito jurídico son importantísimos. El neutralismo de Cátedra, con la insatisfacción del formalismo y el bajo nivel del intelectualismo católico y aun cristiano, levantan compuertas de confusos horizontes colectivistas. La doctrina, cansada de asistir atónita a la impotencia del Estado de Derecho y a su asexuamiento, exhibe su hipersensibilidad crítica clamando angustiada contra un mundo de «fórmulas mágicas», señalando que el Derecho ya no es protagonista en la historia, sino mero espectador, y proclama la necesidad de reincorporarse a ella abandonando abstracciones, vaguedades y las vacas sagradas o sagrados principios. La libertad y la igualdad son retóricas vacuas de imposible realidad en un mundo en el que conviven poderosos y desheredados; la democracia, un simple instrumento de opresión del más fuerte, sin limitaciones efectivas que protejan al débil; la división de poderes, la función judicial, los conceptos de propiedad o contrato, se ofrecen como necesitados de reelaboración, más que de redefinición. Los valores fundamentales, las categorías jurídico-políticas más respetadas, son consideradas *vestes fantasmales* sin contenido real, simples técnicas nostálgicas de la perfección lógica propia del mundo formalista, positivista, meramente técnico. Hasta cuerpos tan selectos como la Magistratura rasgan sus togas y se niegan a continuar su función de simples voceros de un príncipe sin prestigio, y con el deseo de interpretar la norma en sentido protector de las clases oprimidas, uso alternativo del Derecho, pretenden realmente alumbrar una nueva fuente de Derecho.

La impronta marxista es ya ostensible en la ciencia del Derecho. Para WIETHÖLTER, su crisis consiste en su falta absoluta de incidencia en los problemas fundamentales de nuestro tiempo, su no funcionalidad. Otros proclaman la crisis de Estado y acusan de ser simples «colonos», de carecer de entidad o sustrato adecuado, a los minúsculos que exhiben su impotencia ante multinacionales, sindicatos obreros o superpotencias político-militares: son simples instrumentos de terceros, sublimación externa de una irreal hojarasca de palabrería sofisticada. Mientras BOBBIO, como BARCELLONA o GALGANO, descubren que el problema del Estado, para después de la fractura de la situación política, jurídica y económica actual, no está solucionado en las fuentes marxistas. Sólo hay horizonte para señalar la misión política del jurista, que no debe limitarse a interpretar la ley, sino contribuir a su elaboración.

De entre las cascadas dimanantes de las infinitas grietas que anuncian el derrumbamiento del muro de contención del embalse, merece destacar-

se el debate sobre la crisis de la Sociedad por Acciones sostenido por dos distinguidísimos mercantilistas inclasificables, ciertamente, en la escuela liberal, cuyo campo de actuación excede y se sobrepone a la corriente glosa o rectificación de dispositivos de la Sociedad por Acciones. Se trata de FRANCESCO GALGANO y GASTONE COTTINO, cuyas ideas centrales, en este aspecto, se hallan expuestas en sus respectivos Derechos comerciales de 1970 y 1976, sin perjuicio de preludios y notas complementarias en otras publicaciones. Disponen también de abundantes glosadores, comentaristas y contradictores.

GALGANO sostiene que la Sociedad por Acciones es una forma de empresa capitalista próxima al agotamiento. Sirvió durante un largo período como «bomba de capitales», instrumento de trasvase del capital ahorrador, rural o feudal, al mundo industrial. Devaluada la moneda, minimizados los dividendos, con desproporcionada opresión fiscal y una Bolsa simbólica, esta fuente se ha cegado. Las industrias malviven con reducida autofinanciación y los auxilios públicos. La Sociedad por Acciones ha cumplido su ciclo histórico, aunque de ello no debe deducirse que se haya alcanzado la caducidad del capitalismo o la empresa capitalista.

COTTINO, esteta mercantil, estima que en la praxis el vocablo «empresa» es compendio, abreviación, de tres elementos: empresario, actividad y «azienda», aunque estrictamente es sólo actividad, pues pueden perfectamente existir un empresario o una «azienda» inactivos. En la forma de Sociedad por Acciones, la empresa adolece indudablemente de la enfermedad señalada por GALGANO, cuyo grave diagnóstico ratifica, pero lo limita a la esfera geográfica de Italia. Sus conclusiones no pueden extenderse a otros países donde el capitalismo disfruta de una vitalidad innegable, donde el desarrollo material es tan increíble que ni siquiera se observan en el horizonte movimientos tendentes al cambio de sistema de producción, la prosperidad es tan obvia que ni se anuncia. Y ello no sólo en USA o Alemania, sino aun en países que disfrutaban de relativa estabilidad política por espacios breves y en méritos de organizaciones exclusivamente técnicas, sin ideal concreto, pues no dimana jamás el último de la primera.

Todo ello conduce a reflexionar si lo que realmente ocurre en Italia, y tal vez en países de estado similar, es simplemente una crisis de Estado de la que dimanan la de Derecho o sistema económico. Cuando fallan las estructuras fundamentales no es posible calificar a un Estado de Derecho, capitalista o colectivista, ni aplicarle otro adjetivo. Tampoco es de esperar que la Cátedra o la Magistratura cumplan las funciones para que fueron creadas.

* * *

Los párrafos anteriores están integrados por apuntes de la obra enunciada anteriormente, con alguna leve reflexión. Hace algunos años tuvimos ocasión de analizar intensamente un estudio de este autor sobre reducción de capital, obra en la que convivían luminosísimas ideas con una confusión general, y desde entonces ha ejercido en nosotros especial atractivo. Normalmente eludimos todo contacto con estudios editados por FELTRINELLI, no por falta de categoría científica, sino por su acusada tendenciosidad, de todos conocida. En el presente caso, el nombre de FENGHI ha sido lo suficientemente atractivo para hacer una excepción.

La obra forma parte de una colección, «Readings», destinada a revivir textos considerados como fundamentales con fines culturales. La recopilación presente va precedida de un extenso comentario de FENGHI, aparentemente neutralista, pero de tendenciosidad evidente, sumamente interesante para hacerse cargo del ambiente jurídico-dogmático de la Italia actual.

Los textos seleccionados, en la propia línea, abarcan el período comprendido entre los años 50-76, y se inician con estudios de tendencia liberal, base contractualista, eminentemente formalistas. El maestro TULLIO ASCARELLI deleita con su maravillosa prosa en temas de interpretación: *Norma jurídica y realidad social*; le sigue ARIBERTO MIGNOLI, que hace unos lustros combatió la posibilidad de existencia de un interés peculiar de las sociedades distinto del de los socios, en la pura línea contractualista: *L'interesse sociale*. LUIGI MENGONI, en *Recientes mutaciones en la estructura y en la jerarquía de la empresa*, narra fracasos de las tesis marxistas; sus argumentos en estos momentos resultan desfasados. En la otra vertiente, PIETRO BARCELLONA ofrece uno de sus temas favoritos, *Estado y mercado*, con su densidad habitual. Siguen los referidos estudios de GALGANO relativos a *Sociedad por Acciones y clases sociales*, y la parte del Derecho comercial, de COTTINO, relativa a las teorías sobre la empresa, a que hemos aludido anteriormente, y acaba GUIDO ROSSI abordando el tema de *Reforma de la empresa o reforma del Estado*, en el que se glosan los inmensos errores del capitalismo y la utilidad de la planificación, para ensalzar el primer período soviético de Rusia, el experimento leninista de la NEP, que, a su juicio, debe ser reestudiado y reivindicado.

La obra termina con unas breves indicaciones bibliográficas sumamente selectas, obra de FENGHI, y adecuadas al tema del «Reading».

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

REVISTAS

I. REVISTAS COMENTADAS

«Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal», por RAFAEL AZPITARTE CAMY, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 103, enero-marzo de 1979, 290 págs.

Este extenso y completísimo estudio es la ponencia que presentó el autor al Primer Congreso Nacional del Notariado Español, celebrado en Valencia, en octubre de 1978.

No es necesario destacar la importancia práctica del tema, que con sus diversas posibilidades de enfoque, se plantea casi a diario al documentar e inscribir las propiedades horizontales, pues «si hasta hace muy pocos años el deseo y el problema de cada español era tener un coche, hoy el deseo y el problema es tener donde aparcarlo».

El remedio a la insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal (que piensa sólo en las viviendas y, a lo sumo, en el garaje como elemento común de aquéllas) no está tanto en una reforma legislativa, que pronto quedaría atrasada, cuanto en una interpretación flexible, según las necesidades de cada momento. En esta línea, el autor estudia en profundidad una amplia gama de posibilidades:

a) El garaje lo forman varios locales configurados como propiedades separadas e independientes de un edificio en propiedad horizontal.

En este supuesto, el espacio destinado a garaje se distribuye en propiedades separadas, pero vinculadas a la propiedad en común de una zona de acceso y maniobra; se excluye, por tanto, el caso de locales cerrados con salida propia y exclusiva a la vía pública. Su descripción en el título constitutivo deberá hacerse con todos los requisitos establecidos en los artículos 5 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal, 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. Examina aquí el autor con gran minuciosidad las características de estos locales, las variedades que se ofrecen dentro del supuesto contemplado (atendiendo a sus posibilidades de cierre, al modo de vincular plazas de aparcamiento y zona común de acceso y maniobra y al modo de originarse en el título constitutivo) y el régimen jurídico aplicable.

b) El garaje es un local de un edificio en propiedad horizontal, del que son propietarias varias personas en condominio.

Aquí hay un local único configurado como propiedad independiente y cuyo condominio incluye tanto las zonas de aparcamiento, como las de acceso o maniobra. Pueden ser condueños quienes no sean propietarios de otros departamentos del edificio, nota que diferencia esta figura del anejo en proindivisión y del departamento procomunal. Es un condominio de características especiales por su destino determinado y permanente, su matiz asociativo, su regulación convencional y la inexistencia de acción de

división en los términos que la regula el Código Civil. Sobre la procedencia de esta acción y del retracto de comuneros, se ocupa con detalle a continuación. En cuanto al régimen jurídico y organización del condominio, distingue entre relaciones internas de los condueños entre sí y relaciones externas con los restantes propietarios del edificio; éstas forman parte del título constitutivo de la propiedad horizontal y aquéllas no. Se extiende en la diversa problemática del supuesto, cuyo detalle no podemos exponer en esta breve reseña.

c) El garaje es elemento común de un edificio en propiedad horizontal.

En este caso, el propio título constitutivo de la propiedad horizontal determina el destino permanente e inalterable del garaje al aparcamiento de los vehículos de los propietarios de los departamentos. Es, dice, un supuesto frecuente y aconsejable en edificios de no muchos vecinos. Excluye los supuestos de garaje en propiedades separadas y no vinculadas a la de las viviendas o departamentos. Examina también aquí el autor las distintas variantes que admite este caso, y el régimen jurídico, que en definitiva es el que corresponde a los elementos comunes en la Ley de Propiedad Horizontal, complementado con una serie de estatutos voluntarios inscribibles o normas reglamentarias.

d) El garaje como anejo en proindivisión de departamentos en propiedad horizontal.

Aquí cada uno de los departamentos tiene como anejo una cuota indivisa de un espacio del edificio que está destinado a aparcamiento; esto es, la totalidad del garaje pertenece en proindivisión a la totalidad (o casi totalidad) de los departamentos. Es un condominio dentro de otro condominio, para cuya inscripción contempla el autor las dos posibilidades de abrir o no folio propio al anejo en su conjunto.

e) El garaje como conjunto de anejos de otros tantos departamentos de un edificio en propiedad horizontal.

Cada una de las propiedades separadas (a veces no todas) tiene como anejo un determinado espacio situado fuera del recinto de la vivienda o local, que se destina de modo exclusivo y permanente para aparcamiento de vehículos. La diferencia con el caso anterior (anejo único en proindivisión) es clara. En esta modalidad, el garaje o aparcamiento tiene las características generales de todo anejo (accesoriedad y vinculación jurídica al departamento, configuración como finca discontinua) y las específicas de su propio destino.

f) El garaje es un departamento procomunal de un edificio en propiedad horizontal.

Damos aquí por conocido el nada pacífico concepto del departamento procomunal, en cuyo examen el autor se extiende, para llegar en síntesis a la doble conclusión siguiente: que el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal cabe interpretarlo en el sentido de que excluye la acción de división en todo supuesto de condominio dentro de la propiedad horizontal y no sólo en el propio estricto del departamento procomunal; y que la vinculación *ob rem* entre la propiedad del departamento y la cuota indivisa del garaje en condominio (o incluso la prohibición de disponer) no puede pretenderse con absoluta posibilidad de éxito ante una calificación registral adversa. Estudia también aquí, como en todos los casos expuestos, las variantes posibles y el régimen jurídico.

Añadamos finalmente, y en forma esquemática, los demás supuestos que contempla el trabajo, y que son:

- Cuando el garaje ocupa todo el edificio y éste está constituido en propiedad horizontal con propiedades separadas e independientes.
- Cuando el garaje ocupa la totalidad de un edificio que se encuentra en situación de condominio.
- Unión de garajes de otros tantos edificios.
- Unión de garajes en el mismo edificio.
- Agrupación de garajes en varios edificios.

Este breve bosquejo puede dar idea de la extensión y profundidad con que está tratado el tema, en un estudio que casi agota la materia.

«Funciones agrarias del Registro de la Propiedad», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, *Revista de Estudios Agro-Sociales*, núm. 106, enero-marzo 1979, 36 págs.

Frente a una concepción arcaica y poco operativa del Registro de la Propiedad, fruto del principio individualista y liberal que empapaba la legislación de la época en que fue promulgada la primera Ley Hipotecaria, que sólo buscaba movilizar y asegurar el tráfico de las fincas en garantía casi exclusiva de los intereses particulares, sin pensar jamás en finalidades de tipo general, nos presenta el autor una visión moderna y dinámica, en consecuencia con la función social de la propiedad.

Esta que podríamos llamar puesta al día tiene especial trascendencia por lo que atañe a la propiedad agraria. Partiendo de esta premisa básica, y dando por supuesto que la institución registral, al menos en España, está perfectamente preparada para servir de cauce a las nuevas directrices funcionales del dominio del suelo, estudia la normativa vigente en materia agraria, constituida en esencia por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, para resaltar el protagonismo que en la misma se reserva al Registro a través especialmente de dos instituciones de amplia actuación, como son la concentración parcelaria y la colonización.

Con referencia a la concentración parcelaria, hace especial hincapié en el problema de la conservación, que tiene su quiebra en el sistema declarativo y voluntarista de nuestro Registro, frente al que la cautela legislativa de la inscripción obligatoria resulta insuficiente. Como solución deseable propone el autor la sustitución de la inscripción obligatoria por la constitutiva; la concentración por términos municipales completos, sin exclusión de parcelas (no por zonas, como se hace ahora), y la correlativa cancelación de la inscripción de las fincas de procedencia.

En cuanto a la transformación o colonización de fincas, analiza sus repercusiones registrales en las distintas fases del proceso: al adquirir las tierras el Instituto y al adjudicar en propiedad las fincas resultantes.

Finalmente, el aspecto funcional del dominio, que tiene su formulación explícita en la Le, se contempla desde un punto de vista subjetivo (deber de cultivar y mejorar) y objetivo (medidas de reforma estructural, con el análisis de la intervención registral en materia de comarcas y fincas mejorables, ordenación de explotaciones y permuta forzosa de fincas rústicas).

II. NOTICIA DE REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Enero-marzo 1979.

Esquema sobre una posible revisión parcial del Código civil, por Enrique Ruiz Vadillo, págs. 3 a 82.

Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española, por Iván C. Ibán, págs. 83 a 175.

DOCUMENTACION JURIDICA

Núm. 22. Abril-junio 1979.

Peligrosidad social y la tipología del sujeto peligroso, por José María Morenilla Rodríguez, páginas 257 a 349.

La normativa de las asociaciones sometidas a regímenes especiales, por Francisco López-Nieto y Mallo, págs. 353 a 376.

El delito de falso testimonio, por Antonio Millán Garrido, págs. 379 a 417.

Fundamentales derechos de la persona ante la privación jurídica de la libertad, por Antonio Reinoso y Reino, págs. 421 a 454.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Núm. 142. Julio-agosto 1979.

Naturaleza económica e incidencia del Impuesto sobre la renta, por Mariano Sebastián Herrador, páginas 639 a 661.

Delimitación del hecho imponible y la base imponible, por Ramón Draek Drake, págs. 663 a 681.

El sujeto: la unidad familiar, por Salvador Colmenar Valdés, páginas 683 a 724.

El régimen de transparencia fiscal, por Juan Zurdo Ruiz-Ayúcar, páginas 725 a 781.

La renta irregular: Incrementos y disminuciones patrimoniales, por Julio Banacloche Pérez, págs. 783 a 815.

Las deducciones de la cuota, por Aurelio García Martín, págs. 817 a 862.

La estimación objetiva singular, por José María López Gela, págs. 863 a 888.

La temática internacional en el impuesto, por José María de la Villa Gil, págs. 889 a 913.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Núm. 150. Octubre-diciembre 1978.

Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil, por José Manuel González Porras, págs. 477 a 560.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Núm. 103. Enero-marzo 1979.

Los garajes en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal, por Rafael Azpitarte Camy, páginas 7 a 296.

Formación del acto notarial, por Domingo L. Sanfranchi, págs. 297 a 348.

Documentos privados. Legitimación de firmas y documentos públicos, por Juan Vallet de Goytisolo, páginas 349 a 372.

Acerca de la titularidad sobre los gananciales, por Antonio Yago Ortega, págs. 375 a 394.

Visión crítica de la escritura de adopción, por José Javier Cuevas Castaños, págs. 397 a 450.

REVISTA DE DERECHO
PRIVADO

Julio-agosto 1979.

Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: Sus límites, aceptabilidad o reputabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario, por Manuel Albala-Dejo, págs. 641 a 666.

La predisposición del contenido contractual, por Luis Humberto Clavería, págs. 667 a 687.

La prescripción de la acción hipotecaria desde la perspectiva de la Ley de 8 de febrero de 1861, por Rafael Ballarín, págs. 688 a 731.

Septiembre 1979.

De optimo Rei republicae statu, por José Santa Cruz Teijeiro, págs. 787 a 795.

La promesa unilateral como fuente general de obligaciones, por Eurico dell'Aguila, págs. 796 a 806.

En torno a los poderes de dirección del juez civil, por Faustino Corcón Moreno, págs. 807 a 826.

REVISTA DE DERECHO
URBANISTICO

Núm. 65. Octubre-diciembre 1979.

Reflexiones en torno al principio de igualdad en el ordenamiento urbanístico, por Tomás Ramón Fernández, págs. 13 a 25.

La actuación urbanística asistemática, por J. L. González Berenguer, págs. 27 a 37.

Transferencia del aprovechamiento urbanístico: su aplicación práctica, por Alberto E. Blasco Toledo, páginas 39 a 111.

La transferencia del derecho de edificación en los Estados Unidos, por J. Jorge Castanyer Vila, páginas 121 a 132.

REVISTA DE ESTUDIOS
AGRO-SOCIALES

Núm. 106. Enero-marzo 1979.

Funciones agrarias del Registro de la Propiedad, por Francisco Corral Dueñas, págs. 7 a 43.

Un análisis financiero de la empresa del sector azucarero en España, por Ramón Alonso Sebastián, páginas 45 a 70.

Anotaciones a los mercados y flujos ganaderos en el vacuno para carne, por Julián Briz Escribano, páginas 71 a 99.

Agricultura a tiempo parcial en España: su valoración, por Cristino Blasco Vizcaíno, págs. 101 a 120.

REVISTA DE ESTUDIOS
DE LA VIDA LOCAL

Núm. 202. Abril-junio 1979.

La comarca como factor de coherencia regional, por Angel Sánchez Blanco, págs. 197 a 232.

Los titulares de la iniciativa del proceso autonómico, por Enrique Alvarez Conde, págs. 233 a 256.

El derecho de superficie en la nueva Ley del Suelo, por Felipe Díaz Capmany, págs. 257 a 288.

Conflicto ante los regidores y el Corregidor de Córdoba a principios del siglo XVIII, por José Manuel de Bernardo Ares, págs. 289 a 300.

REVISTA GENERAL
DE DERECHO

Números 418-419, julio-agosto 1979.

El expediente de cambio de nombre civil por el canónico, por Cayetano Rodríguez González, págs. 699 a 710.

Número 420, septiembre 1979.

El Decreto-ley: un comentario al artículo 86 de la Constitución, por José Ignacio Morillo-Velarde Pérez, págs. 850 a 859.

**REVISTA GENERAL
DE LEGISLACION
Y JURISPRUDENCIA**

Abril 1979.

La interpretación de las normas en el nuevo título preliminar del Código civil, por Francisco Soto Nieto, págs. 295 a 321.

Democracia o partitocracia: La constitucionalización de los partidos políticos, por José María Martínez Val, págs. 323 a 354.

La disciplina y la clasificación laboral como notas esenciales de la calidad humana en la prevención de accidentes en la construcción, por Salvador Domínguez Martín, páginas 355 a 368.

Mayo 1979.

¿Hay una solución democrática para las relaciones entre ley y situación social?, por Francisco Javier de Lucas, págs. 403 a 411.

Desvalorización y Derecho monetario, por Jorge I. Causse, págs. 413 a 457.

**REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA**

Julio-septiembre 1979.

Eficacia de las normas a la tradición jurídica catalana des de la baixa edat mitjana fins al Decret de Nova Planta, por Joan Egea i Ferrnandes y Josep M.^a Gay i Escoda, páginas 505 a 586.

Cotejo con la escuela histórica de Sariguy, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 587 a 641.

Los derechos civiles forales en la Constitución, por Jesús Delgado Echevarría, págs. 643 a 667.

El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas, por Francisco Vicent Chuliá, págs. 669 a 724.

